

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

- Så langt det er mulig

Kandidatnummer: 581

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 809



*Begynn med det som er nødvendig,
fortsett med det som er mulig,
og plutselig gjør du det umulige!*
-Frans av Assisi

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	5
1.1	Tema og problemstilling.....	5
1.2	Noen utgangspunkter	5
1.2.1	Forholdet til alminnelig kontraktsrett.....	5
1.2.2	Arbeidsgivers styringsrett	6
1.2.3	Generelle krav til arbeidsmiljøet.....	8
1.2.4	Forholdet til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.....	9
1.3	Avgrensninger	10
1.4	Rettskilder.....	12
1.4.1	Lovtekst.....	12
1.4.2	Forarbeider	12
1.4.3	Rettspraksis	13
1.4.4	IA-avtalen.....	13
1.5	Videre fremstilling.....	14
2	ARBEIDSGIVERS TILRETTELEGGINGSPLIKT.....	15
2.1	Innledning.....	15
2.2	Bestemmelsens formål og unntak.....	15
2.3	Vilkåret om redusert arbeidsevne	16
2.4	Tiltakets nødvendighet og arbeidsgivers intensjon	18
2.5	Saksbehandlingen	20
2.5.1	Innledning	20
2.5.2	Oppfølgingsplan innen fire uker	20
2.5.3	”Dialogmøte 1” innen syv uker.....	21
2.5.4	Melding til NAV innen ni uker	22
2.5.5	”Dialogmøte 2 og 3” innen 26 uker	23
2.5.6	Sanksjoner ved mangelfull saksbehandling	25

3	REKKEVIDDEN AV ARBEIDSGIVERS TILRETTELEGGINGSPLIKT.....	27
3.1	Innledning.....	27
3.2	Rekkevidden av tilrettelegging av arbeidstakers vanlige arbeid	27
3.2.1	Innledning	27
3.2.2	Virksomhetens forhold.....	28
3.2.3	Arbeidstakers forhold.....	29
3.2.4	Styringsretten og hensynet til andre arbeidstakere.....	32
3.2.5	Bruk av styringsretten overfor andre arbeidstakere	33
3.3	Nærmere om omplasseringsplikten	35
3.3.1	Innledning	35
3.3.2	Kravet om dialog før omplassering.....	36
3.3.3	Stedlig virkeområde for omplassering	36
3.3.4	Passende arbeid	38
3.3.5	Arbeidstaker må være skikket for stillingen	40
3.3.6	Spørsmålet om arbeidsgiver må la arbeidstaker prøve seg i ulike stillinger	42
3.3.7	Prøvetid ved omplassering	42
3.4	IA-avtalens betydning for tilretteleggingsplikten.....	44
3.5	Nærmere om arbeidsgivers omplasseringsrett.....	45
3.6	Oppsummering	48
4	ARBEIDSTAKERS MEDVIRKNINGSPLIKT	49
4.1	Innledning.....	49
4.2	Arbeidstakers opplysningsplikt	50
4.3	Arbeidstakers aktivitetsplikt.....	51
4.4	Arbeidstakers møte- og samarbeidsplikt	53
4.5	Arbeidstakers rehabiliteringsplikt.....	54
4.6	Konsekvenser ved manglende medvirkning.....	55
5	TILRETTELEGGINGSPLIKTEN OG FORHOLDET TIL OPPSIGELSE....	58
5.1	Innledning.....	58

5.2	Nærmere om verneperioden, jf. § 15-8.....	59
5.2.1	Innledning	59
5.2.2	Varsel om fravær.....	60
5.2.3	Årsakskravet og arbeidsgivers bevisbyrde.....	60
5.2.4	Verneperiodens varighet	64
5.2.5	Drøftelsesmøte	65
5.3	Oppsigelse etter verneperioden, jf. § 15-7.....	66
5.3.1	Innledning	66
5.3.2	Nærmere om saklighetskravet.....	66
5.3.3	Tilretteleggingspliktens betydning for arbeidsgivers oppsigelsesadgang....	67
5.4	Oppsummering	69
6	AVSLUTNING.....	71
	LITTERATURLISTE	73

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor arbeidstaker med redusert arbeidsevne. Det følger av arbeidsmiljøloven av 17.06.05 nr.62 (aml.) § 4-6 at arbeidsgiver har en plikt til å sette i gang ”*nødvendige tiltak*” for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Plikten rekker ”*så langt det er mulig*”. Arbeidsgivers plikt er derfor omfattende, men ikke absolutt. Temaet for oppgaven aktualiserer to problemstillinger. Den første problemstillingen er spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, jf. aml. § 4-6. I dette ligger hva som egentlig er nødvendig og mulig for arbeidsgiver å gjennomføre av tilretteleggingstiltak. Det andre spørsmålet er hvor langt det i det hele tatt er mulig å trekke en generell grense for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6. Problemet er at det sjelden reises sak for brudd på tilretteleggingsplikten alene. Den rettspraksis som finnes behandler ikke rekkevidden aml. § 4-6 på generelt grunnlag, men ofte som ett av flere momenter i vurderingen av saklig grunn til oppsigelse.¹ Rettens vurderinger er dermed bredere enn en ren vurdering av aml. § 4-6.

1.2 Noen utgangspunkter

1.2.1 Forholdet til alminnelig kontraktsrett

Den individuelle arbeidsavtalen er en kontrakt mellom to parter hvor den ene (arbeidstakeren) stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon for den annen (arbeidsgiveren), ofte mot et nærmere avtalt vederlag.² Et særlig trekk ved arbeidskontrakten er at den medfører et mer eller mindre underordningsforhold, arbeidsgiveren får en styringsrett over arbeidstakeren, se pkt. 1.2.2.

¹ I vurderingen av saklig grunn til oppsigelse vil rimelighetshensyn i forhold til arbeidstaker være et særlig tungtveiende moment, herunder arbeidstakers alder og ansiennitet, se nærmere kap. 5.

² Se Jakhell, 2006 s.23 og Storeng, 2011s. 45

Et annet særegent trekk ved arbeidsavtalen er at det offentlige i stor grad har en interesse i kontraktsforholdet. For det første følger det som et prinsipp jf. Grunnloven § 110 første ledd at det offentlige skal arbeide aktivt med sikte på at alle skal kunne få et arbeid. For det andre representerer arbeid en betydelig inntektskilde i form av skatter og avgifter, samtidig som det offentlige har et overordnet ansvar for folks fysiske og psykiske helse.³ En vesentlig del av de ansattes velferd og livsforhold påvirkes i stor grad av deres arbeidssituasjon.⁴ For å ivareta arbeidernes sikkerhet og helse er det nødvendig med preceptorisk lovgivning. Det følger derfor av aml. § 1-9 at:

”Loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særlig fastsatt.”

1.2.2 Arbeidsgivers styringsrett

Det er et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten at arbeidsgiver har styringsrett over sine ansatte. Styringsretten er arbeidsgivers rett *”...til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere...”*.⁵ En slik adgang kan anses som en nødvendig konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold til arbeidsgiveren som arbeidsavtalen etablerer i og med at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren, se pkt.1.2.1.⁶ Prinsippet er videre utviklet gjennom rettspraksis.⁷

For å unngå misbruk av styringsretten overfor arbeidstaker som den svakere part, er styringsretten underlagt en rekke begrensninger som følger av lovgivning, eventuelle tariffavtaler, arbeidsreglement og den individuelle arbeidsavtalen.⁸ Det er lagt til grunn i rettsprak-

³ Tall fra statsbudsjettet for 2013 viser at statens inntekter i form av skatt på inntekt og formue og arbeidsgiveravgift og trygdeavgift er beregnet til 39% av statens samlede inntekter. Utgifter til folketrygden er beregnet til 35 % av statens samlede utgifter.

⁴ Se Evju, 2003 s.6

⁵ Se Andersen, 1967 s.149

⁶ Se Jakhell, 2006 s.48

⁷ Jf. Rt.2000s.1604, Rt.2001s.418, Rt.2008s.856, Rt.2009s.1465 og Rt.2011s.841

⁸ Se Andersen, 1967 s.150 og Rt.2008s.865

sis at styringsretten er underlagt en alminnelig saklighetsnorm.⁹ Det er videre lagt til grunn at styringsretten må utøves gjennom en forsvarlig prosess og at eventuelle endringer i arbeidsforholdet må være saklig motiverte.¹⁰ Det er også lagt til grunn at arbeidsgiver ikke ensidig kan gjøre endringer i arbeidstakers arbeidsforhold

*”...på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte tilknytning eller indirekte form opererer med”.*¹¹

En slik endring må enten foretas gjennom oppsigelse sammen med et tilbud om ny stilling – såkalt endringsoppsigelse – eller etter de formelle og materielle oppsigelsesreglene i aml. kapittel 15. Ved uenighet om arbeidsgivers beslutninger ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett følger det av sikker rett at arbeidstaker som utgangspunkt plikter å resignere inntil saken blir rettslig avklart.¹²

Arbeidstakers reduserte arbeidsevne vil som oftest nødvendiggjøre tilpasninger i arbeidsforholdet. Dersom den reduserte arbeidsevnen fører til at arbeidstaker ikke kan oppfylle sin del av arbeidsavtalen, vil arbeidsgiver ha behov for å begrense de ulemper dette vil medføre for virksomheten. Reglene om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, jf. aml. § 4-6, begrenser arbeidsgivers styringsrett i det loven angir føringer på *hvordan* og *i hvilken grad* arbeidsgiver kan organisere og fordele arbeidet.

⁹ Jf. Rt.2001s.418 på s. 427

¹⁰ Se Rt. 2001 s.418 og Evju, 2001 s.40

¹¹ Se Andersen, 1967 s.101. Andersens formulering av grunnpregsstandarden er senere lagt til grunn av Høyesterett, se f.eks. Rt. 2009 s.1465 avsn.41: *”Dersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, må arbeidsgiveren i kraft av styringsretten innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtaler, kunne endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet.”*

¹² Jf. Rt 1977s.902. Saken gjaldt 8 arbeidere som nedla sitt arbeid i protest mot oppsigelse av en annen arbeider. Da arbeiderne nektet å etterkomme arbeidsgivers pålegg om gjenopptakelse av arbeidet ble de streikende arbeiderne avskjediget. Avskjedigelsen ble av retten ansett rettmessig. Det ble lagt til grunn at arbeidsnedleggelsen var et brudd på den alminnelige fredsplikt i tarifforhold, jf. arbeidstvisloven av 1927 §6 (nå atvl. av 2012. § 8 første ledd) og dermed samtidig et brudd på den alminnelige arbeidskontrakt.

Se også Fougner, 2007 s.299 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.144

Rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett sett i sammenheng med arbeidsgivers tilretteleggingsplikt vil særlig ha betydning i de tilfelle der arbeidstaker ikke medvirker. Spørsmålet blir da hvorvidt arbeidstakers manglende medvirkning kan anses som en ordrenekt som igjen kan være grunnlag for en eventuell avskjed eller oppsigelse. Dette vil jeg se nærmere på i kap. 5.

En annen side er spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver kan bruke sin styringsrett til å pålegge endringer i de øvrige ansattes arbeidsforhold. Dette vil være aktuelt dersom arbeidstaker med redusert arbeidsevne bare kan avhjelpe på bekostning av andre arbeidstakere. Dette spørsmålet vil jeg se nærmere på i pkt. 3.2.4.

Et interessant spørsmål er dessuten om arbeidsgiver har en utvidet styrings- og omplasseringsrett når arbeidstakeren har redusert arbeidsevne eller høyt sykefravær. I dette ligger spørsmålet om arbeidsgiver kan beordre en arbeidstaker til å utføre arbeid som ligger utenfor stillingens grunnpreg.¹³ Dette spørsmålet vil jeg se nærmere på i pkt. 3.5.

1.2.3 Generelle krav til arbeidsmiljøet

Etter arbeidsmiljøloven kapittel 3 og 4 har arbeidsgiver en generell plikt til å jobbe systematisk med forebygging og tilrettelegging. Det følger av aml. § 4-1 første ledd at:

”Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd.”

Begrepet ”fullt forsvarlig” er en rettslig standard som utvikles i takt med samfunnsutviklingen. Arbeidsmiljøloven §§ 4-1 til 4-5 presiserer og konkretiserer nærmere hva som skal til for å sikre opprettholdelsen av et ”fullt forsvarlig” arbeidsmiljø. Kort oppsummert inne-

¹³ Se Skarning, 2011 s. 75

bærer bestemmelsene tiltak som skal sikre de ansattes fysiske og psykososiale helse, miljø og sikkerhet (HMS-arbeid). De ansatte skal føle seg inkludert og verdsatt på arbeidsplassen gjennom medvirkning og muligheter til faglig og personlig utvikling gjennom eget arbeid. Arbeidsgiver har også en plikt til generell tilrettelegging. Plikten fremgår av aml. § 4-1 femte ledd og oppstiller et krav om at virksomheten skal være utformet og innrettet slik at arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne kan arbeide i virksomheten.¹⁴

Det følger av aml. § 3-1 første ledd at arbeidsgiver skal jobbe systematisk med HMS-arbeid på alle plan. HMS-arbeidet skal gjøres i samarbeid med de ansatte og deres tillitsvalgte. Loven presiserer nærmere hvordan dette arbeidet skal gjennomføres, jf. aml. §§ 3-1 til 3-6. Oppgaven begrenses mot en nærmere redegjørelse av bestemmelsene.

1.2.4 Forholdet til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

En tilsvarende bestemmelse til aml. § 4-6 finnes i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 20.06.08 nr.42 (dtl.) § 12 første ledd. Bestemmelsen viderefører tidligere aml. § 13-5.¹⁵ Aml. § 13-5 (nå dtl. § 12) var tidligere plassert i arbeidsmiljøloven kapittel 13 om vern mot diskriminering. Ettersom plikten til tilrettelegging ble ansett som en sentral del av dette diskrimineringsvernet, ble bestemmelsen flyttet fra arbeidsmiljøloven til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.¹⁶

Dtl. § 12 omhandler arbeidstakere med ”*nedsatt funksjonsevne*” og retter seg primært mot funksjonshemmede i et ikke-diskrimineringsperspektiv.¹⁷ Aml. § 4-6 benytter begrepet ”*redusert arbeidsevne*”. Den ulike begrepsbruken er et bevisst valg fra lovgiver for å markere at nedsatt funksjonsevne ikke nødvendigvis er det samme som redusert arbeidsevne.¹⁸ I NOU 2012:6 defineres personer med nedsatt funksjonsevne som ”*personer som har fysis-*

¹⁴ Arbeidsgivers plikt til generell tilrettelegging følger også av dtl. § 9

¹⁵ Se Ot.prp.nr.44(2007-2008)s.264

¹⁶ Se Ot.prp.nr.44(2007-2008)s.176

¹⁷ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.309

¹⁸ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

ke eller psykiske helseproblemer av mer varig karakter som medfører begrensninger i det daglige liv”.¹⁹ Vurderingen av rekkevidden av tilretteleggingsplikten jf. dtl. § 12 første ledd tilsvarer vurderingen etter aml. § 4-6 første ledd.²⁰ En arbeidstaker som får sin arbeidsevne varig redusert vil dermed også omfattes av diskrimineringsvernet jf. dtl. § 12.

Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens bestemmelser om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven omhandler rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6. Arbeidsmiljøloven gjelder for ”*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*”, jf. aml. § 1-8. Oppgaven avgrenses dermed mot selvstendige næringsdrivende og oppdragstakere. Det avgrenses mot videre definisjoner av arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet.

Tjenestemannsloven av 04.03.83 nr.3 (tjml.) gjelder for arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste og embetsmenn hvor dette er sagt uttrykkelig, jf. tjml. § 1. Loven har noe avvikende bestemmelser fra arbeidsmiljøloven når det gjelder arbeidstakers oppsigelsesvern.²¹ Oppgaven avgrenses mot tjenestemannslovens bestemmelser.

Videre avgrenses oppgaven mot særlige bestemmelser fastsatt i tariffavtale, jf. arbeidstvistloven av 27.01.12 nr.19 (atvl.) § 1 bokstav e eller tjenestetvistloven av 18.07.58 nr.2 § 11.

¹⁹ Se NOU2012:06 pkt.6.2.2

²⁰ Se 11-077293TVI-FOLL på s. 12 ”*Verken flertallet eller mindretallet kan se at diskrimineringsloven eller IA-avtalen i nærværende sak, gir Hoang Lie andre rettigheter enn dem som følger direkte av aml.*”

²¹ Det følger av forskrift til arbeidsmiljøloven (FOR-2005-12-16-1567) at aml. §§14-4, 14-9 til 14-14, §15-1 til §15-9, §15-11 til §15-14, §15-16, §17-1 og §17-3 til §17-5 ikke skal gjelde for arbeidstakere som omfattes av tjml. Tjenestemenn som rammes av sykdom har normalt rett til permisjon med lønn under sykefraværet i en periode på 49 uker og 5 kalenderdager. I staten har det utviklet seg en praksis som innebærer at tjenestemannen som regel gis fortsatt permisjon med lønn i ett år etter sykelønsperioden. I hele denne perioden er tjenestemannen vernet mot oppsigelse begrunnet i sykdommen, noe som gir tjenestemenn utvidede rettigheter sett i forhold til aml. § 15-8. Under hele perioden skal arbeidstaker følges opp jf. aml. § 4-6 og tilretteleggingstiltak skal vurderes løpende. Se Statens personalhåndbok pkt. 2.8.3.7.

Oppgaven vil heller ikke berøre betydningen av eventuelle relevante internasjonale konvensjoner Norge er bundet av.²²

Arbeidsmiljøloven gjelder ikke for sjøfart, jf. aml. § 1-2 annet ledd bokstav a. For sjømenn reguleres arbeidsmiljøet av skipssikkerhetsloven av 16.02.07 nr.9 og sjømannsloven av 30.05.75 nr.18. Sjømannsloven ble harmonisert i forhold til arbeidsmiljøloven i 1985. I den forbindelse ble det inntatt en bestemmelse om særlig vern for sykemeldte arbeidstakere i sjømannsloven § 14.²³ Bestemmelsen er utformet etter mønster av tidligere aml. § 64 (nå aml. § 15-8).²⁴ Høyesterett har nylig avsagt en dom vedrørende tolkningen av sjømannsloven § 14. Høyesterett uttalte at:

*”Forhistorien til sjømannsloven § 14, og utformingen av den etter mønster av arbeidsmiljøloven § 64, mener jeg må ha betydning for fortolkningen og anvendelsen av § 14, i den forstand at det må være relevant å se hen til de rettskilder som knytter seg til arbeidsmiljøloven av 1977 § 64.”*²⁵

Dommen i Rt. 2011 s. 596 vil dermed også ha betydning for tolkningen av aml. § 15-8, og vil derfor behandles nærmere i oppgaven. Skipssikkerhetsloven og sjømannslovens regler vil for øvrig ikke bli behandlet.

²² Jf. Den europeiske sosialpakt av 3. mai 1996 nr. 2 artikkel 15 nr. 2 om uføre personers rett til integrasjon og deltakelse i samfunnet, ILO-konvensjon nr.159 (1983) og ILO-rekommandasjon nr. 168 (1983) om yrkesmessig attføring og sysselsetting (yrkesvalghemmede) og ILO-rekommandasjon nr. 99 (1955) om attføring av yrkesvalghemmede har blant annet vært av betydning for utviklingen av reglene om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt samt rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

²³ Se Ot.prp.nr.26(1984-1985)s.8

²⁴ Se Ot.prp.nr.26(1984-1985)s.3 og 27-28

²⁵ Se Rt.2011s.596 avsn.42

1.4 Rettskilder

1.4.1 Lovtekst

Det sentrale lovgrunnlaget for oppgaven er arbeidsmiljøloven, først og fremst reglene om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6 og arbeidstakers medvirkningsplikt jf. aml. § 2-3. Tilretteleggingsplikten har også en side til reglene om oppsigelsesvern, det vil derfor også bli redegjort for aml. §§ 15-7 og 15-8. Folketrygdloven av 28.02.97 nr.19 (ftl.) vil også være sentral for oppgaven, herunder tilretteleggingspliktens betydning for arbeidstakers rett til sykepenges, jf. ftl. §§ 8-4 og 8-8, oppfølging i regi av NAV jf. § 8-7a samt bestemmelser om sanksjonering ved manglende oppfølging jf. ftl. § 25-3 jf. § 25-2 og § 25-5a jf. § 25-5.

1.4.2 Forarbeider

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) vil være av betydning for tolkningen av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Dagens arbeidsmiljølov viderefører i stor grad de regler om helse, miljø og sikkerhet som fulgte av arbeidsmiljøloven av 1977.²⁶ Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 vil derfor også være av interesse, herunder Ot.prp.nr.3 (1975-1976) og Ot.prp.nr.18 (2002-2003). Forarbeidene til senere endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven om tilrettelegging for og oppfølging av sykemeldte er også relevant, herunder Prop.89L (2010-2011). Proposisjonen inneholder etterfølgende føringer fra Arbeidsdepartementet om dagens rettstilstand og hvordan bestemmelsene vedrørende tilrettelegging og oppfølging av sykemeldte arbeidstakere skal tolkes.²⁷

²⁶ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.17

²⁷ At etterfølgende lovgiveruttalelser kan være av betydning som rettskilde følger av bl.a. Rt.1979 s.1079 jf. Eckhoff, 2001 s.98

1.4.3 Rettspraksis

Det er ingen avgjørelser fra Høyesterett eller underrettene som vurderer rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt alene. Det er derfor viktig å merke at den rettspraksis som det henvises til i oppgaven ikke behandler aml. § 4-6 på generelt grunnlag, men ofte som et av flere momenter i vurderingen av om det foreligger saklig grunn til oppsigelse. Domstolenes behandling av rekkevidden av tilretteleggingsplikten vil derfor i utgangspunktet være et moment i en bredere vurdering hvor rimelighetshensyn særlig gjør seg gjeldende. Det kan derfor være problematisk å skille mellom de momenter retten bruker for å vurdere rekkevidden av tilretteleggingsplikten alene, og de momenter som knyttes til vurderingen av saklig grunn til oppsigelse jf. aml. § 15-7 første ledd.

Tilretteleggingspliktens rekkevidde er berørt i noen få oppsigelsessaker for Høyesterett.²⁸ Det er særlig Rt. 1995 s.227 og Rt. 2011 s.596 som vil være av betydning for oppgaven. Det finnes riktignok flere avgjørelser fra underretten hvor tilretteleggingsplikten er et moment i oppsigelsesvurderingen. Den rettskildemessige betydningen av underrettspraksis har vært gjenstand for diskusjon, men der hvor avgjørelser sjelden blir påanket videre, kan deres praksis bli bestemmende for rettstilstanden.²⁹ Henvisninger til slik praksis i oppgaven er i første rekke gjort for å belyse de vurderingsmomenter som domstolene gjør bruk av. For det andre benyttes underrettspraksis i oppgaven som illustrerende eksempler.

1.4.4 IA-avtalen

Som et ledd i arbeidet med å redusere sykefraværet har regjeringen og partene i arbeidslivet inngått en intensjonsavtale om et inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen). IA-avtalen ble for første gang signert i 2001. Siden den gang har avtalen og IA-samarbeidet vært en forløper

²⁸ Se Rt.1986s.224, Rt.1988s.959, Rt.1995s.227. Dommene er avgjort på grunnlag av aml. 1977, men er like fullt relevante for tolkningen av aml. § 4-6 som viderefører tidligere aml. 1977 § 13 nr.2 til 5, se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.309 og Rt.2011s.596

²⁹ Se Eckhoff, 2001 s.162

til flere endringer i arbeidsmiljøloven.³⁰ Dagens avtale gjelder for perioden 2010-2013 og erstatter IA-avtalen for 2006-2009. Avtalens hovedmål er å forebygge og redusere sykefravær, styrke jobbnærværet og bedre arbeidsmiljøet, samt hindre utstøting og frafall i arbeidslivet.³¹ Alle virksomheter i Norge kan ta del i samarbeidet ved å tegne en samarbeidsavtale med Arbeids- og velferdsetaten (NAV) og virksomhetens tillitsvalgte. Bedriften forplikter seg til å jobbe systematisk for å oppnå IA-avtalens formål mot at bedriften tilgodeses med enkelte fordeler, som lettere tilgang til tilskuddsordninger og helsetjenester samt en egen saksbehandler hos NAV. Bedrifter som har undertegnet en slik avtale betegnes som "IA-bedrifter".

IA-avtalen har blitt vektlagt som rettskilde av Høyesterett i Rt. 2011 s. 609.³² Høyesterett synes i dommen å tillegge IA-avtalen vekt som et reelt hensyn. Jeg vil se nærmere på IA-avtalens rettskildemessige betydning ved vurderingen av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt i pkt. 3.4.

1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg behandle innholdet i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, før jeg i kapittel 3 går nærmere inn på en vurdering av tilretteleggingspliktens *rekkevidde*. I kapittel 4 vil jeg gjøre nærmere rede for arbeidstakers motsvarende medvirkningsplikt. Videre vil jeg i kapittel 5 se nærmere på tilretteleggingspliktens betydning for reglene om arbeidstakers oppsigelsesvern. Til slutt vil jeg i kapittel 6 komme med noen avsluttende bemerkninger til oppgavens tema og utfordringen med å gjøre rede for tilretteleggingspliktens generelle rekkevidde.

³⁰ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.60og105, Ot.prp.nr.6(2006-2007)s.2 og Prop.89L(2010-2011)s.8.

³¹ Jf. IA-avtalen 2010-2013

³² Jf. Rt.2011s.609 avsn.86: "*Jeg bemerker at jeg ikke kan se at Avtale om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen) eller andre politiske tiltak for å få eldre arbeidstakere til å stå lengre i jobb, medfører at dette formålet ikke lenger anses som legitimt.*"

2 Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

2.1 Innledning

Oppgavens hovedproblemstilling er spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6. Det fremgår av aml. § 4-6 første ledd at

”Hvis en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l. skal arbeidsgiver, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Arbeidstaker skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr, gjennomgått arbeidsrettede tiltak e.l.”

Før jeg går nærmere inn på rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6 og innholdet i begrepet *”så langt det er mulig”*, vil jeg først se nærmere på bestemmelsens formål, virkeområde og innhold.

I pkt. 2.2 vil jeg redegjøre for bestemmelsens formål og unntak. Videre vil jeg i pkt. 2.3 redegjøre for vilkåret om *”redusert arbeidsevne”* og kartlegging av arbeidstakers restarbeidsevne. I pkt. 2.4 vil jeg se nærmere på hva som ligger i at tiltakene skal være *”nødvendige”*. Loven angir også krav til arbeidsgivers fremgangsmåte ved oppfølgingen av arbeidstaker med redusert arbeidsevne. Jeg vil se nærmere på dette i pkt. 2.5.

2.2 Bestemmelsens formål og unntak

Formålet med tilretteleggingsplikten jf. aml. § 4-6 er å få arbeidstaker raskt tilbake til arbeid og på den måten redusere sykefraværet ved bedriften.³³ Forskning viser at tilknytning til arbeidsplassen under sykefraværsperioden kan øke sannsynligheten for raskere tilbake-

³³ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

føring til arbeid.³⁴ Begrensning i sykefraværet er ønskelig både av hensyn til den enkelte arbeidstakers økonomi og helse, og av hensyn til den økonomiske belastningen sykefraværet påfører den enkelte virksomhet og staten.³⁵ Individuell tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne er derfor et viktig virkemiddel for å motvirke langvarig sykefravær og utstøting fra arbeidet. Ved tolkningen av aml. § 4-6 må det også tas hensyn til arbeidsmiljølovens formål, jf. aml. § 1-1 bokstav a til e. Spesielt trekkes frem formålet om et inkluderende arbeidsliv, jf. bokstav e og formålet om at loven skal legge til rette for tilpasninger i arbeidslivet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon, jf. bokstav c.

Sett hen til formålet om tilbakeføring vil det i enkelte tilfeller ikke være hensiktsmessig at arbeidsgiver skal bruke ressurser på tilrettelegging. Det følger derfor av aml. § 4-6 tredje ledd, første punktum at arbeidsgiver ikke plikter å utarbeide oppfølgingsplan hvor dette er å anse som *”åpenbart unødvendig”*. Ordlyden taler for at det skal nokså klare tilfeller til for at oppfølgingsplan skal anses unødvendig, jf. *”åpenbart”*. Tilfeller hvor oppfølgingsplan vil anses uhensiktsmessig vil være når det er klart at arbeidstaker vil vende tilbake til arbeidet uten særlig tilrettelegging, eller der tilstanden er slik at det kan fastslås at vedkommende ikke vil være i stand til å vende tilbake til arbeidet.³⁶ For at arbeidsgiver skal kunne unntas fra tilretteleggingsplikten, er det en forutsetning at arbeidsgiver har en dialog med arbeidstaker for å bringe på det rene om det faktisk dreier seg om et tilfelle der det ikke vil være behov for tilretteleggingstiltak.³⁷

2.3 Vilkåret om redusert arbeidsevne

Det følger av aml. § 4-6 første ledd at bestemmelsen gjelder for arbeidstakere som *”...har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.”*.

³⁴ Se NOU2010:13

³⁵ Se Prop89L(2010-2011)s.5-6

³⁶ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

³⁷ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

For det første viser begrepet "*har fått*" til at tilretteleggingsplikten jf. aml. § 4-6 gjelder arbeidstakere som *i løpet av* sitt arbeidsforhold får sin arbeidsevne redusert. Arbeidsevnen må ses i forhold til arbeidstakers nåværende arbeid.

For det andre stilles det krav om en sammenheng mellom en uforutsett/uordinær endring i arbeidstakers helsetilstand og arbeidstakers problemer med å utføre sitt vante arbeid.³⁸ Endringen i helsetilstanden kan være av både psykisk og fysisk art. Det er heller ikke noe krav om varigheten av den reduserte arbeidsevnen eller arbeidstakers prognose. Bestemmelsen skaper derfor forpliktelser for arbeidsgiver både der det kun foreligger kortvarig sykefravær, og de tilfeller hvor sykefraværet viser seg å bli langvarig. Dette kan likevel være av betydning ved vurderingen av rekkevidden av arbeidsgivers plikter i det enkelte tilfellet.³⁹

Det er i hovedsak sykemelder som vurderer arbeidstakers arbeidsevne, jf. ftrl. § 8-7 tredje ledd. En eventuell sykemelding utstedes i en felles forståelse mellom lege og pasient og omfatter vurdering av sykdom, arbeidssituasjon, sosial sammenheng og kjennskap til den aktuelle arbeidsplass.⁴⁰ Arbeidsgiver kan ikke overprøve de medisinske vurderinger som er gjort i forbindelse med sykemeldingen.⁴¹

For at arbeidsgiver skal kunne foreta en reell og konkret helhetsvurdering av hvilke tiltak som bør iverksettes, eller om det i det hele tatt er mulig å tilrettelegge, er det viktig at arbeidsgiver får gode nok opplysninger fra arbeidstaker om hans/hennes funksjonsevne eller restarbeidsevne.⁴² "Restarbeidsevnen" er den evnen arbeidstaker har til å utføre arbeid til tross for sine fysiske eller psykiske plager. Uten disse opplysningene kan arbeidsgiver

³⁸ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

³⁹ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

⁴⁰ Jf. Dr.Erik Lium, telefonsamtale 30.10.12

⁴¹ Jf. LG-2011-134455; "*Arbeidsgiver er ikke i en posisjon til å overprøve de medisinske vurderinger som er gjort i forbindelse med sykmeldingen*".

⁴² Som eksempel hvor tilrettelegging av vanlig arbeid var uaktuelt nevnes LF-2011-195233. "*Partene er enige om at hun ikke kunne fortsette i stillingen som hjelpepleier*." Spørsmålet var da om kommunen hadde oppfylt sin plikt til å tilby A annet passende arbeid etter aml. § 4-6 første ledd første punktum.

vanskelig utføre sin plikt til å tilrettelegge. Arbeidstaker har derfor en plikt jf. aml. § 2-3 og ftrl. § 8-8 første ledd til å gi arbeidsgiver slike opplysninger. Det er viktig å merke at opplysningsplikten gjelder opplysninger om arbeidstakers restarbeidsevne, og ikke diagnosen.⁴³ Jeg vil komme nærmere tilbake om dette i kap. 4.

2.4 Tiltakets nødvendighet og arbeidsgivers intensjon

Det følger videre av ordlyden i aml. § 4-6 første ledd at tiltakene som settes i gang må være ”...nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid”. Som eksempler på tiltak nevnes særskilt ”...tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr samt gjennomføring av arbeidsrettede tiltak eller lignende”, jf. aml. § 4-6 første ledd annet punktum. Lovens oppramsing er ikke uttømmende.

Hvilke tiltak som er nødvendige, beror på den reduserte arbeidsevnenes art og hvilke tiltak som anses som mest relevant for å nå målet om tilbakeføring av arbeidstaker til sitt vanlige arbeid.⁴⁴ Basert på opplysningene om arbeidstakers restarbeidsevne er det opp til arbeidsgiver, i samråd med arbeidstaker og evt. sykemelder å kartlegge hvordan stillingen best mulig kan tilrettelegges for at arbeidstaker kan komme raskt tilbake til arbeid. Det videre oppfølgingsarbeidet vil ha liten hensikt dersom man ikke bruker opplysningene til å vurdere tiltak som bør settes i verk.

Dersom arbeidsgiver er usikker på hvordan stillingen best mulig kan tilrettelegges vil arbeidsgiver ha en plikt til å innhente informasjon om hvordan stillingen kan tilrettelegges. Bedriftshelsetjenesten, NAV og aktuelle foreninger kan her være nyttige samarbeidspartnere. En slik plikt kan utledes direkte av ordlyden ”så langt det er mulig”. Plikten kan videre

⁴³ Jf. Ot.prp.nr.18(2002-2003) og LE-1999-653. Se nærmere pkt.4.2.

⁴⁴ Fra 2000 til 2011 har sykefravær på grunn av psykiske lidelser økt med 20% jf. statistikk publisert 26.09.12, se www.nav.no/talloganalyse/jobboghelse. Dette kan skape nye utfordringer for arbeidsgiver med hensyn til tilrettelegging da psykiske lidelser ofte er mer kompliserte og mer privat enn et brukket ben eller vond rygg.

utledes av dom inntatt i Rt. 1988 s. 959. Saken gjaldt en barkeeper som åpent fortalte sin arbeidsgiver at han var HIV-smittet. Av frykt for smittefare og besøkssvikt ble arbeidstaker tilbudt stilling i en annen bedrift. Da arbeidstaker avviste tilbudet, ble han avskjediget. Høyesterett viste til at arbeidsgiver ved rimelige anstrengelser kunne ha skaffet den nødvendige informasjon som ville bevist at det med enkle grep ville vært forsvarlig å la arbeidstaker fortsette i sin stilling. Avskjeden ble dermed kjent ugyldig. Høyesterett la også til grunn at vilkårene for oppsigelse heller ikke var tilstede.⁴⁵

Bestemmelsens ordlyd, ”...nødvendig for at...”, og formålet om tilbakeføring tilsier videre at arbeidsgiver må ha en reell intensjon med tilretteleggingsopplegget. Det spiller ingen rolle om bedriften generelt sett har gode tilretteleggingsrutiner, dersom disse svikter i det konkrete tilfellet. Arbeidsgiver må kunne vise til en viss vilje og innsats for å tilbakeføre arbeidstaker. Som illustrerende eksempel vises det til Oslo tingretts dom av 27.01.10.⁴⁶ Saken gjaldt oppsigelse av et arbeidsforhold ved langvarig sykdom. Oppsigelsen ble ansett ugyldig på grunn av manglende tilrettelegging. Tingretten uttalte at:

”Etter rettens syn foretok ikke Bring i denne perioden tilstrekkelig utredning og utprøving av As kompetanse og restarbeidsevne. Uten en grundig vurdering av dette kunne Bring etter rettens syn ikke foreta noen reell og saklig vurdering av hvilke oppgaver A kunne utføre. ... Det kan da ikke anses som en tilstrekkelig oppfylling av tilretteleggingsplikten at Bring på generelt grunnlag har forhørt seg med andre avdelinger i bedriften om det finnes lettere arbeidsoppgaver A kunne utføre”.⁴⁷

⁴⁵ Jf. Rt.1988s.959 på s.966-967

⁴⁶ Se TOSLO-2009-117509. Se også 10-204182TVI-OTIR/05 og 11-077293TVI-FOLL

⁴⁷ Se TOSLO-2009-117509 på s.6.

Dommen illustrerer at det må være en sammenheng mellom de tiltak som iverksettes og den konkrete situasjon. Tiltakene må videre ha et konkret mål om raskest mulig tilbakeføring av arbeidstaker.

2.5 Saksbehandlingen

2.5.1 Innledning

For at det skal kunne føre kontroll med at arbeidsgiver følger opp sin tilretteleggingsplikt stilles det krav i både arbeidsmiljøloven og folketrygdloven om en systematisk saksbehandling i form av oppfølgingsregler og regler om dialog mellom arbeidsgiver, arbeidstaker, sykemelder og NAV. Arbeidstaker har en motsvarende plikt til å medvirke, jf. aml. § 2-3 og ftrl. §§ 8-4 og 8-8, se kapittel 3. Målet er å fremme ”...en konstruktiv prosess og åpenhet mellom partene i spørsmål om tilbakeføring til arbeid i forbindelse med sykefravær.”. I det følgende vil jeg redegjøre for de saksbehandlingsregler, herunder frister arbeidsgiver må forholde seg til.⁴⁸ Det bemerkes at lovens frister er minimumsfrister. Det er ønskelig fra lovgivers side at oppfølgingsplanen utarbeides og initiativ til dialogmøter tas så tidlig som mulig.⁴⁹ Tanken er at jo forttere oppfølgingsarbeidet begynner, jo raskere vil arbeidstaker kunne vende tilbake til arbeidet.

2.5.2 Oppfølgingsplan innen fire uker

For det første følger det av aml. § 4-6 tredje ledd at arbeidsgiver skal ”...i samråd med arbeidstaker utarbeide oppfølgingsplan for tilbakeføring til arbeid...”. Oppfølgingsplanen

⁴⁸ Reglene om oppfølging av sykemeldte arbeidstakere i ftrl. og aml. ble endret fra 01.07.11 på bakgrunn av en ny protokoll til IA-avtalen. Endringene gjelder i hovedsak kortere frister for ”stoppunktene” i oppfølgingen, men også strengere sanksjonering og tettere samarbeid med sykemelder. ”Med stoppunkter menes de fasene i sykefraværsløpet hvor det er satt frister for arbeidsgivers og NAVs oppfølging av sykemeldte, herunder plikt til å avholde dialogmøter”. Nytt er også at reglene også gjelder for oppfølging av deltidsansatte. Se nærmere Prop.89L(2010-2011)s.6 og s.19-42

⁴⁹ Se Prop.89L(2010-2011)s.23

skal utarbeides ”så tidlig som mulig og ...senest når arbeidstaker har vært helt eller delvis borte fra arbeidet i fire uker”.

Planen skal inneholde en vurdering av arbeidstakers arbeidsoppgaver og arbeidsevne og justeres fortløpende i takt med arbeidstakers fremgang og tilbakefall. Av oppfølgingsplanen skal det fremkomme hvilke hensiktsmessige bedriftsinterne tiltak som skal iverksettes, målene med tiltakene og ansvarsfordeling, aktuelle tiltak med bistand fra NAV og plan for videre oppfølging.⁵⁰ Det er arbeidsgiver som har hovedansvaret for utarbeidelse av planen, men planen skal like fullt være et resultat av et samarbeid mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det er for eksempel ikke nok at arbeidstaker fyller ut en kompetanseplan som sendes til arbeidsgiver.⁵¹

Nytt av endringene fra 01.07.11 er at planen skal sendes til sykemelder så snart den er utarbeidet, senest innen fire uker. Sykemelder har som oftest liten eller ingen innsikt i arbeidstakers forhold på arbeidsplassen.⁵² Hensikten er derfor å gi sykemelder et bedre grunnlag for å vurdere mulighetene for utnyttelse av arbeidstakers restarbeidsevne.⁵³

Planen skal videre sendes til NAV senest en uke før ”dialogmøte 2”, jf. ftrl. § 25-2, fjerde ledd, se pkt. 2.5.5.

2.5.3 ”Dialogmøte 1” innen syv uker

Det følger videre av aml. § 4-6 fjerde ledd at arbeidsgiver ”...senest innen syv uker etter at arbeidstaker har vært helt eller delvis borte fra arbeidet...”, skal innkalle arbeidstaker til et dialogmøte. Fristen er satt en uke før fristen for arbeidstakers aktivitetsplikt, jf. ftrl. § 8-4

⁵⁰ Se Prop.89L(2010-2011)s.19 og 23

⁵¹ Se 10-204182TVI-OTIR/05

⁵² Jf. Dr. Erik Lium, telefonsamtale 30.10.12

⁵³ Se Prop.89L(2010-2011)s.23

andre ledd.⁵⁴ Dette ble gjort bevisst for å unngå overlapping av frister, samt å gi sykemelder et godt grunnlag for sin vurdering i forbindelse med arbeidstakers aktivitetsplikt, jf. ftrl. § 8-7.⁵⁵

I dialogmøtet skal partene fokusere på arbeidstakers restarbeidsevne, prognose og bedriftens muligheter for tilrettelegging. Diagnose skal ikke diskuteres. I tråd med dette skal oppfølgingsplanen evalueres og eventuelt revideres, se pkt.2.6.2. For bedrifter tilknyttet bedriftshelsetjeneste, jf. aml. § 3-3, skal bedriftshelsetjenesten være representert i møtet, jf. aml. § 4-6 fjerde ledd. Som hovedregel skal også sykemelder være til stede, med mindre arbeidstaker ikke ønsker det eller det ikke anses hensiktsmessig, jf. ftrl. § 25-5a. Ved ugyldig fravær kan sykemelder ilegges gebyr, jf. ftrl. § 25-5a.⁵⁶ Bestemmelsen om sanksjonering av sykemelder ble inntatt i 2011.

Partene avgjør selv hvor og i hvilken form møtet skal avholdes. Det bør utvises fleksibilitet, og om nødvendig bør også sykemelder kunne møte per telefon.⁵⁷

2.5.4 Melding til NAV innen ni uker

For at NAV skal kunne kontrollere at partenes plikter og rettigheter overholdes i prosessen skal arbeidsgiver inngi melding til etaten senest innen ni uker etter at arbeidstaker har vært helt eller delvis borte fra arbeid, jf. ftrl. § 25-2 tredje ledd. Det er ingen obligatoriske formkrav til meldingen annet enn skriftlighet.⁵⁸ Rapporten skal inneholde informasjon om hvorvidt reglene om oppfølgingsplan og dialogmøte etter arbeidsmiljøloven er overholdt og en

⁵⁴ Se pkt.4.3.

⁵⁵ Se Prop.89L(2010-2011)s.28

⁵⁶ Tilføyd med endringene i 2011 (ikr.01.07.11)

⁵⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.29-30

⁵⁸ NAV har i samarbeid med Arbeidstilsynet utarbeidet en mal som kan benyttes. Fra høsten 2012 og våren 2011 vil det være mulig å rapportere elektronisk gjennom Altinn, se ”Enklere sykefraværsrapportering” artikkel publisert 19.09.12.

<http://www.nav.no/Arbeid/Oppf%C3%B8lgging+av+sykmeldte/Enklere+sykefrav%C3%A6rsrapportering.321096.cms>

kopi av oppfølgingsplanen. Det skal videre gis opplysninger om sykemelder er innkalt til og har deltatt i dialogmøtet. Det kan også være aktuelt sammen med meldingen å gi informasjon om arbeidstakers medvirkning dersom denne har vært mangelfull.⁵⁹ NAV har i så fall myndighet til å vurdere stans i utbetalingen av sykepenges jf. ftrl. § 8-8 annet ledd. NAV har også myndighet til å overprøve sykemelders vurdering av arbeidstakers reduserte arbeidsevne, jf. § 8-7.⁶⁰

2.5.5 "Dialogmøte 2 og 3" innen 26 uker

Det følger videre av ftrl. § 25-2 annet ledd at arbeidsgiver plikter å *"...delta i dialogmøte etter folketrygdloven § 8-7a andre og tredje ledd."* Etter ftrl. § 8-7a følger det at NAV innen 26 uker skal innkalle arbeidsgiver og arbeidstaker til dialogmøte, med mindre dette anses som *"åpenbart unødvendig"*. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at unntak vil kunne være aktuelt f.eks. *"...ved alvorlige sykdomstilstander eller når det er dokumentert hensiktsmessige tiltak som sannsynligvis vil føre til friskmelding."* Det understrekes at unntaksadgangen skal være snever.⁶¹

Det følger av ftrl. § 8-7a annet ledd at også sykemelder eller annet helsepersonell plikter å møte såfremt NAV finner det hensiktsmessig jf. ftrl. § 25-5a. Av resursmessige hensyn er bedriftshelsetjenesten unntatt fra å møte til "dialogmøte 2".⁶²

Partene skal innkalles med tre ukers varsel. Innkallingen skal opplyse om partenes plikter og NAV sin mulighet for sanksjonering ved eventuelle brudd på disse. På møtet skal partene oppsummere status og avklare videre fremdrift. Det skal også avklares hvilke muligheter arbeidsplassen kan tilby, eventuelt om det etter en helsemessig vurdering kan være aktuelt

⁵⁹ Se LB-2011-40569 og kap.4.

⁶⁰ Se LB-2011-40569 og pkt. 4.6.

⁶¹ Se Prop.89L(2010-2011)s.34

⁶² Se Prop.89L(2010-2011)s.32-33.

med iverksetting av arbeidsrettede tiltak eller rehabilitering.⁶³ For at NAV skal kunne møte forberedt, skal arbeidsgiver senest en uke før dialogmøtet, sende en oppdatert oppfølgingsplan til NAV, jf. ftrl. § 25-2 fjerde ledd.

Partene kan også kreve at NAV kaller inn til et tredje dialogmøte, jf. ftrl. § 8-7a tredje ledd. NAV kan kreve at arbeidsgiver i forkant av ”dialogmøte 3” sender inn oppdatert oppfølgingsplan, jf. ftrl. § 25-2 femte ledd.

Det går forholdsvis langt tid mellom ”dialogmøte 1” og ”dialogmøte 2”. I mellomtiden forutsettes det at arbeidsgiver jobber aktivt med oppfølgingen av arbeidstaker, se pkt. 2.5.2. Partene kan også kreve at ”dialogmøte 2” holdes på et tidligere tidspunkt, jf. ftrl. § 8-7a andre ledd. Dette kan særlig være aktuelt i de tilfellene hvor bedriftsinterne tiltak ikke gir resultater eller arbeidstaker ikke medvirker. Hvis arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt, men bedriftsinterne tiltak ikke fører frem, kan NAV overta ansvaret for videre oppfølging av arbeidstaker. Det følger av ftrl. § 8-7a at NAV *”...så tidlig som mulig [skal] vurdere om arbeidsrettede tiltak skal prøves dersom dokumenterte bedriftsinterne tiltak ikke fører frem...”*. Hvilke tiltak NAV kan tilby og eventuelle vilkår knyttet til de ulike tilbudene følger av forskrift om arbeidsrettede tiltak mv. av 11.12.08 nr.1320 (tiltaksforskriften). Tildeling kan tidligst skje når NAV har innhentet oppfølgingsplan jf. aml. § 4-6 og det er dokumentert at arbeidsgiver har gjennomført bedriftsinterne tiltak som ikke har ført frem, eller at bedriftsinterne tiltak har vært vurdert, men ikke er mulig å gjennomføre, jf. tiltaksforskriften § 1-8. Det er opp til det enkelte NAV-kontor å vurdere om vilkårene er oppfylt. Selv om NAV overtar oppfølgingen av den sykemeldte arbeidstaker påvirker ikke dette selve arbeidsforholdet, se nærmere om tilretteleggingspliktens forhold til oppsigelse i kapittel 4.⁶⁴

⁶³ Se Prop.89L(2010-2011)s.32-33.

⁶⁴ Arbeidstaker er like fullt ansatt selv om NAV overtar oppfølgingen. At NAV overtar oppfølgingen, herunder at arbeidstaker blir overført til attføring kan riktignok være av betydning for vurderingen av om arbeidsgiver har saklig grunn for oppsigelse. Se f.eks. LB-2000-3513 og LA 2009-117161.

2.5.6 Sanksjoner ved mangelfull saksbehandling

Det følger av ftrl. § 25-3 femte ledd at NAV kan fatte vedtak om gebyr ved manglende overholdelse av saksbehandlingsreglene. Ved vurdering av ileggelse av gebyr skal NAV sende arbeidsgiver et varsel med tre ukers frist for overholdelse av fristene.

Gebyret kan utgjøre 6 ganger rettsgebyret for hver unnlatelse, jf. ftrl. § 25-3 femte ledd.⁶⁵ Det er uten betydning om arbeidsgiver har et godt tilretteleggingsopplegg i seg selv så fremt de nevnte saksbehandlingsregler ikke overholdes.⁶⁶ Formålet er at klare og strenge regler

*”...vil bidra til [at]systematiske oppfølgings- og tilretteleggingstiltak blir en selvfølgelig del av virksomhets- og arbeidslivskulturen”.*⁶⁷

En annen ting er at konkrete krav vil effektivisere NAVs sanksjonsmuligheter ved å redusere graden av skjønnsmessige vurderinger i hvert enkelt tilfelle. Det er på det rene at det ikke skal ilegges gebyr for det tilfellet at manglende utarbeidelse og gjennomføring av oppfølgingsplaner og dialogmøter ikke kan bebreides arbeidsgiver. Departementet anså det imidlertid ikke nødvendig å lovfeste dette.⁶⁸

På den annen side er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig at de formelle saksbehandlingskravene overholdes. Det fremgår videre av lovforarbeidene at reglene må forstås slik at det vil være adgang til å ilegge gebyr også i tilfeller hvor det er

⁶⁵ Rettsgebyret er per 2012 kr. 860,-. Gebyret er uavhengig virksomhetens størrelse og økonomi, og kan derfor ramme små virksomhetene hardere.

⁶⁶ Se Prop.89L(2010-2011)s.50

⁶⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.50

⁶⁸ Se Prop.89L(2010-2011)s.52

*”...åpenbart at de formelle oppfølgingspunktene ikke har noen realitet, for eksempel dersom det er klart at en oppfølgingsplan eller et dialogmøte er uten reelt innhold.”*⁶⁹

Dette viser viktigheten av at arbeidsgiver har en intensjon med de tiltak som settes i verk, se pkt. 2.4. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at tilretteleggingsplikten jf. aml. § 4-6 er oppfylt.⁷⁰ Det er derfor viktig at arbeidsgiver kan dokumentere sin vilje og innsats og arbeidstakers eventuelle manglende medvirkning.

⁶⁹ Se Prop.89L(2010-2011)s.51

⁷⁰ Se Skarning,2011s.64

3 Rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

3.1 Innledning

Så langt kan det konstateres at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6 innebærer at arbeidsgiver må igangsette konkrete tiltak som er nødvendige for å nå formålet om tilbakeføring av arbeidstaker. I det følgende vil jeg se nærmere på spørsmålet om det finnes en grense for omfanget av de tiltak som arbeidsgiver plikter å iverksette.

Det følger av ordlyden i aml. § 4-6 første ledd at arbeidsgiver skal tilrettelegge ”*så langt det er mulig*”. Rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt begrenses dermed til det som er mulig for arbeidsgiver å gjennomføre av tilretteleggingstiltak. Begrensningen gjelder både for tilrettelegging av arbeidstakers vanlige arbeid og ved eventuell omplassering. Lovens skjønnsstema innebærer dermed at arbeidsgivers plikter er vidtrekkende, men ikke absolutte. Det sentrale spørsmålet for rekkevidden av tilretteleggingsplikten blir dermed hva som ligger i begrensningen ”*så langt det er mulig*”. Jeg vil først se på rekkevidden av tilretteleggingsplikten av arbeidstakers vanlige arbeid og deretter se nærmere på omfanget av arbeidsgivers omplasseringsplikt.

3.2 Rekkevidden av tilrettelegging av arbeidstakers vanlige arbeid

3.2.1 Innledning

Det følger av aml. § 4-6 første ledd annet punktum at arbeidsgiver fortrinnsvis skal gi arbeidstaker ”...*anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid*”. Hva som er arbeidstakers vanlige arbeid vil bero på stillingsbeskrivelsen i arbeidskontrakten, og hva arbeidstaker i praksis arbeider med.⁷¹ Spørsmålet er hvor langt det er mulig for arbeidsgiver å tilrettelegge arbeidstakers vanlige arbeid.

⁷¹ Se Andersen, 1967s.97-99

Ordlyden i aml. § 4-6 første ledd gir ingen videre veiledning på hva som ligger i begrepet ”så langt det er mulig”. Det følger imidlertid av forarbeidene at hva som er mulig må vurderes ut fra ”...en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre”.⁷²

Rekkevidden vil dermed bero på en konkret helhetsvurdering hvor det skal tas hensyn til både virksomhetens og arbeidstakers forhold. I det følgende vil jeg se på noen av momentene som vil være av betydning for den konkrete vurderingen.

3.2.2 Virksomhetens forhold

I enkelte bransjer kan mulighetene for endringer i arbeidsoppgaver eller arbeidstid være begrenset. Dette gjelder f.eks. stillinger som krever helseattest eller krav til bestemte skiftordninger.⁷³ Bygningsmessige forhold kan også hindre fysisk gjennomføring av enkelte tilretteleggingstiltak. Virksomhetens art vil således ha betydning for rekkevidden av tilretteleggingsplikten.⁷⁴

Videre vil virksomhetens størrelse være av betydning.⁷⁵ Større virksomheter vil generelt sett ha flere muligheter til omlegging av arbeidsrutiner og tilpasning av arbeidsoppgaver enn mindre.⁷⁶ Som jeg vil komme tilbake til i pkt.3.3 vil større virksomheter også ha flere muligheter for omplassering av arbeidstaker. Det skal derfor mye til for at en større virksomhet skal kunne høres med at det ikke er mulig å tilrettelegge.⁷⁷

⁷² Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.105

⁷³ F.eks. Forskrift om helsekrav for personer i arbeid på innretninger i petroleumsvirksomheten til havs (FOR-2010-12-20-1780) og Forskrift om førerkort m.m. om helsekrav til Yrkessjåfører (FOR-2004-01-19-298).

⁷⁴ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.105

⁷⁵ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.105

⁷⁶ Se Prop.89L(2010-2011)s.13. Som illustrerende eksempler vises det til 11-077293TVI-FOLL og LF-2011-195233

⁷⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.13

Virksomhetens økonomiske forutsetninger må også tas i betraktning i vurderingen om rekkevidden av tilretteleggingsplikten.⁷⁸ Det følger av forarbeidene at kostnadene ved tilrettelegging skal ikke gå på bekostning av virksomhetens lønnsomhet, men også mindre ressurssterke virksomheter vil ha et vidtrekkende ansvar.⁷⁹ Dersom økonomi blir en skranke, plikter arbeidsgiver å undersøke om det er muligheter for offentlig støtte eller utlån av hjelpemidler.⁸⁰ For IA-bedrifter kan det søkes om tilretteleggingstilskudd fra NAV, jf. ftrl. § 8-7a. IA-bedrifter har også en egen saksbehandler i NAV tilknyttet NAV Arbeidslivsenter. Bedrifter som ikke har underskrevet en IA-avtale har ikke krav på tilretteleggingstilskudd, men kan søke veiledning hos NAV Hjelpemiddelsentral.⁸¹

3.2.3 Arbeidstakers forhold

For det første følger av forarbeidene at:

*”...varigheten av den reduserte arbeidsevnen [vil] være et sentralt moment ved vurderingen av arbeidsgivers plikter i det enkelte tilfellet”.*⁸²

Det vil være lite hensiktsmessig om arbeidsgiver skulle ha plikt til å bruke betydelige ressurser til ombygging eller innkjøp av hjelpemidler dersom det dreier seg om et tilretteleggingsbehov av begrenset varighet. Hvor arbeidstakers reduserte arbeidsevne fører til et mer varig behov for tilrettelegging, vil arbeidsgiver som utgangspunkt ha plikt til å

⁷⁸ Tidligere var det en ordning med såkalt aktiv sykemelding. Ordningen innebar at folketrygden utbetalte 100% sykepenger i en viss periode mot at arbeidstaker fikk prøve seg i arbeidsrettet aktivitet. På den måten ble ikke den sykemeldte en økonomisk byrde for arbeidsgiver, men snarere et tillegg til den eksisterende bemanningen. Ordningen ble fjernet med endringene i arbeidsmiljøloven 2011 da det ble konkludert med at ordningen ikke førte til raskere tilbakeføring av arbeidstakere, jf. Prop. 89L(2010-2011)s.43-46.

⁷⁹ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.72 og Prop.89L(2010-2011)s.13

⁸⁰ Rett til stønad til bedring av funksjonsevnen i arbeidslivet, herunder utlån av hjelpemidler fra NAV, følger av ftrl. §§ 10-5 jf. 10-7 med tilhørende rundskriv (R10-00-1-106)

⁸¹ ”Hjelpemidler og tilrettelegging på arbeidsplassen”

<http://www.nav.no/Helse/Hjelpemidler/For+voksne/Arbeid>

⁸² Se Ot.prp.49(2004-2005)s.104

gjennomføre mer omfattende tilretteleggingstiltak.⁸³ Arbeidstakers prognose kan gi føringer på mulighetene for tilrettelegging, noe som vil være viktig for at arbeidsgiver raskest mulig kan planlegge tiltak.⁸⁴

For det andre fremgår det av forarbeidene at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt gjelder

*”...uavhengig av om endringene i helsetilstand har sammenheng med arbeidsforholdene eller ikke”.*⁸⁵

Tidligere var tilretteleggingsplikten kun forbeholdt arbeidstakere som var ”hemmet i sitt yrke,” jf. arbeidervernloven av 1956 § 44. Med arbeidsmiljøloven av 1977 ble arbeidsgivers plikter utvidet til å gjelde uavhengig av den reduserte arbeidsevns årsak, jf. tidligere aml. § 13 nr. 2. Samtidig ble det presisert i forarbeidene at arbeidsgivers plikter etter § 13 (nå aml. § 4-6)

*”...må imidlertid være særlig vidtgående dersom en yrkeshemming har sammenheng med forholdene på arbeidsplassen”.*⁸⁶

Særlig gjelder dette dersom de tiltak som settes i verk er ønskelige for å hindre eller begrense risikoen for tilsvarende yrkeshemminger hos andre arbeidstakere. Det samme gjelder for tolkningen av aml. § 4-6 første ledd. I forbindelse med endringene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven som trådte i kraft 01.07.11 uttalte departementet at:

⁸³ Se Prop.89L(2010-2011)s.13

⁸⁴ Se LB-2005-182268. Saken gjaldt gyldigheten av en oppsigelse. Som et moment i saklighetsvurderingen la lagmannsretten vekt på at *”når risikoen for nye helseplager var så høy som den var, kunne det ikke kreves at bedriften tok henne tilbake, med mindre den hadde annet arbeid eller hensiktsmessig tilrettelegging å tilby dersom A fikk nye helseplager.”* I dommen ble også virksomhetens økonomi vektlagt som moment for arbeidsgivers muligheter for tilrettelegging.

⁸⁵ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104

⁸⁶ Se Ot.prp.nr.3(1975-1976)s.69-70

*”Tilsvarende utgangspunkt har vært lagt til grunn i rettspraksis og må anses som gjeldende rett”.*⁸⁷

Som et tredje moment følger det av forarbeidene at arbeidstakers alder og ansiennitet være betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt.⁸⁸ At arbeidstakers ansiennitet vil ha betydning for tilretteleggingsplikts omfang kan også utledes av det lojalitets- og avhengighetsforhold som ligger til grunn for arbeidsforholdet. Det kan dermed stilles strengere krav til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor en som har vært ansatt lenge og motsatt.⁸⁹

Betydningen av arbeidstakers alder som moment må sees i sammenheng med saklighetskravet til oppsigelse jf. aml. § 15-7 første ledd jf. aml. § 13-1 og § 13-2 og formålet om et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 bokstav e.⁹⁰ Eldre arbeidstakere kan ha vanskeligheter med å omskolere seg og/eller skaffe nytt arbeid. En eventuell oppsigelse kan derfor ramme eldre arbeidstakere hardt. For å hindre utstøting fra arbeidslivet kan dette tale for en utvidet tilretteleggingsplikt overfor eldre arbeidstakere. Det er riktignok uklart hvilken generell betydning sosiale hensyn har for tilretteleggingens rekkevidde uavhengig oppsigelsessaker, se pkt. 1.4.3.⁹¹

Arbeidstakers medvirkning vil videre være et særlig moment av betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Dette vil jeg se nærmere på i pkt. 4 og 5.

⁸⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

⁸⁸ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

⁸⁹ Se Prop.89L(2010-2011)s.14 og Ot.prp.nr.3(1975-1976)s.70

⁹⁰ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

⁹¹ Se f.eks. 10-204182TVI-OTIR/05 Saken gjaldt en arbeidstaker som var sykemeldt på grunn av hofteproblemer. Etter omfattende forsøk med tilrettelegging og omplassering, ble arbeidstaker sagt opp. Oppsigelsen ble kjent ugyldig som følge av arbeidsgivers manglende tilrettelegging. I oppsigelsesvurderingen ble blant annet arbeidstakers høye alder og lange ansiennitet (ca 40år) vektlagt som et tungtveiende moment. Det er uklart om alder har betydning for tilretteleggingsplikten generelt sett.

3.2.4 Styringsretten og hensynet til andre arbeidstakere

Tilrettelegging av arbeidsgivers vanlige arbeid vil i utgangspunktet ligge innenfor det arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan pålegge arbeidstaker, se pkt. 1.2.2. En annen ting er forholdet til styringsretten dersom tilretteleggingstiltakene jf. aml. § 4-6 fører til endringer i de øvrige ansattes arbeidsforhold. Spørsmålet blir dermed i hvilken grad arbeidsgiver kan benytte sin styringsrett overfor andre arbeidstakere for å tilrettelegge for arbeidstaker med redusert arbeidsevne.

Styringsretten begrenses som nevnt av den individuelle arbeidsavtalen, lovgivning og eventuelle rettigheter som følger av tariffavtale.⁹² For det tilfellet at tilrettelegging jf. aml. § 4-6 første ledd nødvendiggjør endringer i de øvrige ansattes arbeidsforhold, må det derfor tas hensyn til arbeidsgivers øvrige plikter. Høyesterett la til grunn i Rt. 1995 s.227 at aml. § 13 nr.2 (nå aml. § 4-6) ikke kan tolkes dit hen at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede.

*”Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmedes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske. Jeg tenker da på de tilfelle der arbeidskontrakten er slik utformet at den dekker begge stillingene”.*⁹³

Saken gjaldt oppsigelse av en renholdsarbeider som på grunn av eksem ikke kunne fortsette i sitt vanlige arbeid. Arbeidstaker (A) påsto at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt, og at oppsigelsen av ham derfor måtte anses ugyldig. A mente at arbeidsgiver måtte ha plikt til å utvide en annen ansatt sine plikter til å påta seg annet arbeid, slik at A kunne fortsette sin stilling i kommunen. Retten fant at både forskjellen i arbeidsoppga-

⁹² Se pkt.1.2.2.

⁹³ Jf. Rt.1995s.227 på s.232

venes karakter og den ubestemte tidsperiode et skifte av arbeid ville innebære, tilsa at en slik omplassering lå utenfor arbeidsgivers styringsrett.

Som et eksempel på at kollektive lønnsavtaler kan sette skranker for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt vises det til en dom fra Agder lagmannsrett av 11.12.09.⁹⁴ Arbeidstaker (A) påsto at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt da han ikke ble tilbudt fastlønn istedenfor provisjonsbasert lønn. Lagmannsretten uttalte at:

*”Dersom A skulle ha fastlønn ville dette være i strid med det fremforhandlede lønnssystem. Etter lagmannsrettens syn kan man ikke kreve at X skulle gjennomføre en omlegging av dette system”.*⁹⁵

Det kan dermed konkluderes med at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan foreta endringer i de øvrige ansattes arbeidsforhold. Forutsetningen er at endringene ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett og ikke strider med den ansattes individuelle arbeidskontrakt, lov eller tariffavtale. Det må her særlig vurderes om endringene vil stride mot den ansattes arbeidskontrakt og bestemmelsene om helse, miljø og sikkerhet jf. aml. kap. 3 og 4 og reglene om arbeidstid, jf. aml. kap. 10.

3.2.5 Bruk av styringsretten overfor andre arbeidstakere

Et annet spørsmål er om tilretteleggingsplikten jf. aml. § 4-6 første ledd innebærer at arbeidsgiver aktivt *må* bruke sin styringsrett overfor andre ansatte. Utgangspunktet, jf. aml. § 4-6 er at arbeidsgiver *”så langt det er mulig”* skal tilrettelegge for at arbeidstaker med redusert arbeidsevne kan beholde eller få annet arbeid. Dersom aktiv bruk av styringsretten åpner for en tilretteleggingsmulighet må det kunne antas at arbeidsgiver har en plikt til å benytte seg av denne muligheten. Jeg finner også støtte for dette synet i Høyesteretts uttalelse

⁹⁴ Se LA-2009-117161

⁹⁵ Se LA-2009-117161

vedrørende forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og tilretteleggingsplikt i dom inntatt i Rt. 1995 s. 227 på s.232.

I en dom fra Oslo tingrett av 27.01.10 la retten til grunn at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt ved å unnlate aktiv bruk av sin styringsrett overfor andre arbeidstakere.⁹⁶ Saken gjaldt oppsigelse av en sykemeldt arbeidstaker (A). A jobbet som terminalarbeider med lasting og lossing av gods m.v., og var sykemeldt som følge av belastningsskader i nakke og rygg. Han ble derfor omplassert til en annen avdeling med enklere oppgaver, mål og vekt, for å unngå belastninger. Oppgavene ble ansett for å ligge innenfor arbeidstakers opprinnelige stilling. A følte selv at arbeidet fungerte fint, og at han fikk den hjelpen han trengte av kollegaer. Arbeidsgiver mente imidlertid at det tilrettelagte arbeidet ikke kunne fortsette. Arbeidsplassen hadde som mål at alle arbeidstakerne skulle gjøre alle typer arbeidsoppgaver for å variere belastninger for den enkelte. Retten bemerket i denne sammenheng at

”...det lå innenfor arbeidsgivers styringsrett å overlate denne typen oppgaver til en eller flere personer på bekostning av de andre terminalarbeiderne.”

At arbeidsgiver kunne ha brukt sin styringsrett, ble lagt til grunn som et moment ved vurderingen av om arbeidsgiver hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt så langt det var mulig. Tilretteleggingsplikten var ikke oppfylt, og oppsigelsen ble dermed etter en konkret helhetsvurdering ansett som ugyldig.

Dommen illustrerer at arbeidsgivers plikt jf. aml. § 4-6 første ledd innebærer at arbeidsgiver plikter å benytte sin styringsrett overfor andre arbeidstakere. Dette selv om bruk av styringsretten kan innebære å foreta seg upopulære avgjørelser overfor andre arbeidstakere. Hvor store endringer arbeidsgiver kan gjennomføre på bekostning av andre arbeidstakere må vurderes etter en konkret helhetsvurdering der nytten av tiltaket for arbeidstaker

⁹⁶ Se TOSLO-2009-117509

med redusert arbeidsevne veies opp mot ulempene for de øvrige ansatte. Samtidig minnes det om at styringsretten begrenses av den individuelle arbeidsavtalen, lov og tariffavtale. I dommen fra Oslo tingrett var det et godt samarbeid mellom A og de øvrige ansatte om hjelp til belastende oppgaver. Det var arbeidsgiver som hadde en forutinntatt holdning om at dette ikke ville fungere i lengden, uten å undersøke nærmere. Resultatet ville nok vært det motsatte dersom merbelastningen ville gått utover de ansattes lovbestemte rettigheter om arbeidsmiljø og bestemmelser om arbeidstid, jf. aml. kap. 3, 4 og 10, se pkt. 3.2.4.⁹⁷

3.3 Nærmere om omplasseringsplikten

3.3.1 Innledning

Jeg går så over til å undersøke omfanget av arbeidsgivers omplasseringsplikt. Det følger som et utgangspunkt jf. aml. § 4-6 første ledd arbeidsgiver skal igangsette nødvendige tiltak for at arbeidstaker ”så langt det er mulig” kan ”få et passende arbeid”. Også her må det foretas en konkret helhetsvurdering av virksomhetens og arbeidstakers forhold, se pkt.3.2.1.

Plikten til å omplassere arbeidstaker forutsetter at tilrettelegging av arbeidstakers vanlige arbeid har vært forsøkt, og at virksomheten har passende arbeid å tilby. Det følger av dom inntatt i Rt. 1995 s.227 og lovens forarbeider at begrepet ”så langt det er mulig” ikke innebærer at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett har plikt til opprette en ny stilling, men dersom det blir ledig en passende stilling i virksomheten, skal den tilbys arbeidstakeren hvis vedkommende ellers er skikket for stillingen.⁹⁸ I det følgende vil jeg se nærmere på innholdet i arbeidsgivers omplasseringsplikt og prøve å trekke noen grenser for dens rekkevidde.

⁹⁷ Det samme vil gjelde ved omplassering jf. pkt. 3.3. Det må foretas en konkret vurdering av om omplasseringen ligger innenfor styringsrettens grenser og stillingens grunnpreg, se pkt. 1.2.2.

⁹⁸ Se Rt.1995s.227 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.309, Johansen,2011 s.186

3.3.2 Kravet om dialog før omplassering

Dersom det blir snakk om å overføre arbeidstaker til annet arbeid, i medhold av aml. § 4-6 første ledd, skal arbeidstaker og arbeidstakers tillitsvalgte tas med på råd før saken avgjøres, jf. aml. § 4-6 annet ledd. Begrepet tillitsvalgt skal ikke tolkes snevert.⁹⁹ Dersom arbeidstaker ikke har noen tillitsvalgt skal verneombudet eller en annen representant for arbeidstaker møte. Det avgjørende er at arbeidstaker er representert. Det følger av lovens ordlyd, jf. *"tas med på råd"* at det ikke er tilstrekkelig at saken blir behandlet i møte der en tillitsvalgt er til stede.¹⁰⁰ Ordlyden taler for at det skal foregå en viss dialog mellom partene om fornuftige løsninger.¹⁰¹

3.3.3 Stedlig virkeområde for omplassering

Det første spørsmålet er hvor langt rekkevidden av omplasseringsplikten stedlige virkeområde strekker seg. Med *"stedlig virkeområde"* menes her *hvor* arbeidsgiver skal undersøke om det finnes passende arbeid.

Ordlyden i aml. § 4-6 første ledd gir liten veiledning for området for omplasseringsplikten. Det følger av lovens forarbeider at arbeidstakers rettigheter som hovedregel er knyttet til den enkelte virksomhet.¹⁰² Spørsmålet blir videre hva som er å anse som en virksomhet i relasjon til aml. § 4-6 første ledd. Desto videre virksomhetsbegrep, jo større muligheter er det for omplassering.

Utgangspunktet er at *"virksomheten"* er den juridiske person arbeidstaker er tilknyttet gjennom sin arbeidsavtale. En juridisk person er et rettssubjekt som uten å være en fysisk

⁹⁹ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.121

¹⁰⁰ Se Arbeidsrett.no kommentarer til aml. § 4-6 note13

¹⁰¹ Arbeidstakers ønsker vil imidlertid ikke være avgjørende for hvilke tilretteleggingstiltak som skal iverksettes. Hvilke tiltak som skal settes i verk vil bero på en konkret helhetsvurdering. Se TBERG-2010-33846. Arbeidstaker ønsket fleksibel arbeidstid for å kunne utføre sitt vanlige arbeid. Stillingens karakter gjorde dette vanskelig. For bedriften var det mest lønnsomt å omplassere arbeidstaker til annen stilling. Tingretten uttalte at *"virksomhetens behov på dette punkt, må etter rettens syn veie tyngre enn As ønsker"*.

¹⁰² Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.74

person, kan ha rettigheter og plikter og foreta rettsstiftende handlinger, som f.eks. kommuner, fylkeskommuner, organisasjoner, institusjoner, aksjeselskap og andre selskap.¹⁰³ Arbeidsgiver må derfor vurdere omplasseringsmuligheter i forhold til hele virksomheten, og ikke bare den enkelte avdeling eller enhet.¹⁰⁴ I Rt. 1995. s.227 ble for eksempel omplasseringsmulighetene vurdert i forhold til hele kommunen, og ikke bare den enkelte etat. Tilretteleggingsplikten var å anse som oppfylt da det ikke fantes ledig passende arbeid å tilby. Dette tilsier at det vil stilles strengere krav til en større virksomhet enn til en mindre.

Spørsmålet om hva som er å anse som én virksomhet i relasjon til aml. § 4-6 første ledd er ikke vurdert av Høyesterett. Det kan her trekkes paralleller til Høyesteretts vurdering av virksomhetsbegrepet, jf. aml. § 15-7 annet ledd.

I Rt. 1990 s. 1126 gjaldt saken gyldigheten av en oppsigelse, jf. aml. § 15-7 annet ledd. Spørsmålet var om arbeidsgiver hadde tilbudt arbeidstaker annet passende arbeid i virksomheten. Arbeidstakeren var ansatt i et datterselskap, og var således formelt sett tilknyttet denne virksomheten. Likevel hadde morselskapet gjennom en selvstendig avtale med arbeidstaker avgjørende innflytelse på hans lønns- og pensjonsforhold og en viss styringsrett, herunder en indirekte oppsigelsesrett. Etter en samlet vurdering la Høyesterett til grunn at datterselskapet og morselskapet hadde et felles arbeidsgiveransvar. Vurderingen av om det fantes annet passende arbeid måtte dermed vurderes i forhold til både morselskapet og datterselskapet.

I Rt. 1997 s.623 la retten til grunn at et pedagogisk psykologisk distriktssenter (PPD-senter), opprettet gjennom et interkommunalt samarbeid mellom seks kommuner, måtte anses som en selvstendig arbeidsgiver og således anses som én virksomhet. Retten la vekt på at de sentrale arbeidsgiverfunksjonene og styringsretten over de ansatte ved senteret både formelt og reelt lå hos styret ved PPD-senteret og ikke kommunene.

¹⁰³ Se Storeng, 2011 s. 522

¹⁰⁴ Se Prop.89L(2010-2011)s.13

Høyesterett legger dermed til grunn at det er den virksomhet arbeidstaker faktisk, og ikke nødvendigvis formelt, er tilknyttet som skal legges til grunn ved vurderingen av om det finnes annet passende arbeid å tilby. Både tilretteleggingsplikten jf. aml. § 4-6 og aml. § 15-7 annet ledd omhandler arbeidstakers stillingsvern.¹⁰⁵ Reelle hensyn og sammenhengen i lovverket taler dermed for at forståelsen av virksomhetsbegrepet jf. aml. § 15-7 annet ledd også bør legges til grunn, jf. aml. § 4-6 første ledd.

Omplaseringsplikten gjelder ”så langt det er mulig”. Det kan derfor konkluderes med at arbeidsgiver, om nødvendig, vil ha en plikt til å undersøke i hele virksomheten om det finnes ledig annet passende arbeid.¹⁰⁶

3.3.4 Passende arbeid

Det følger av lovens ordlyd at arbeidsgiver har plikt til å tilby ”*passende arbeid*”, jf. aml. § 4-6 første ledd. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”*annet passende arbeid*”.

Ordlyden gir ingen nærmere veiledning på hva som ligger i begrepet. Utgangspunktet må være at arbeidet som tilbys bør være så likt arbeidstakers opprinnelige stillingsinnhold som mulig. Det må her foretas en vurdering av innholdet i arbeidstakers arbeidsoppgaver etter den individuelle arbeidsavtalen og de arbeidsoppgaver arbeidstaker i praksis har utført.¹⁰⁷

Det følger av forarbeidene at:

¹⁰⁵ Se pkt.5.3.3.

¹⁰⁶ Som eksempler fra underrettspraksis kan nevnes dom fra Eidsivating lagmannsrett-LE-2011-132036. Arbeidstaker var ansatt i Apokjeden Distribusjon AS som var datterselskap i Apokjeden AS. Arbeidstaker påsto at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt, jf. aml. § 4-6, ved at hun ikke var tilbudt omskolering og ny stilling i et annet selskap i konsernet. Retten foretok ingen konkret vurdering av virksomhetsbegrepet, men uttalte at dette var å strekke plikten for langt. Et annet eksempel følger av Oslo tingretts dom-10-204182TVI-OTIR/05. Arbeidstaker var ansatt i NSB AS. Omplaseringsalternativer ble vurdert i forhold til hele konsernet, både NSB AS og NSBs datterselskaper.

¹⁰⁷ Se Andersen, 1967 s.99

*”...arbeidet ikke må være vesentlig annerledes med hensyn til ansvar, lønn osv., enn arbeidstakers tidligere arbeid i virksomheten”.*¹⁰⁸

Dette taler for at arbeidet er passende såfremt arbeidet som tilbys ligger innenfor den opprinnelige stillingens grunnpreg.¹⁰⁹ Den nye stillingen bør også ligge tilnærmet arbeidstakers opprinnelige stillingsandel.¹¹⁰

I forbindelse med endringene i aml. § 4-6 som trådte i kraft 01.07.11 presiserte Arbeidsdepartementet at

”...sammenhengen i regelverket tilsier at arbeidsgiver, i mangel av andre muligheter, vil ha plikt til å tilby den ”ikke passende” stillingen til arbeidstaker.”

Med ”ikke passende” stilling legger departementet til grunn en stilling som

*”...arbeidstaker er kvalifisert for, men som ikke er ”passende” i den forstand at arbeidet er vesentlig annerledes med hensyn til lønn, ansvar osv. sammenlignet med arbeidstakers tidligere arbeid”.*¹¹¹

Dette vil i utgangspunktet være stillinger som ligger utenfor den opprinnelige stillingens grunnpreg. Dersom det finnes en sentralbordmedarbeiderstilling ledig vil arbeidsgiver ha plikt til å tilby denne stillingen til en elektriker med redusert arbeidsevne, dersom andre tilretteleggingstiltak ikke har vist seg mulig og arbeidstaker ellers er kvalifisert for stillingen.¹¹² Departementets uttalelser taler dermed for en utvidende tolkning av begrepet ”pas-

¹⁰⁸ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹⁰⁹ Se pkt. 1.2.2.

¹¹⁰ Se f.eks. LF-2011-195233. Vurderingen av passende arbeid ble gjort i forhold til arbeidstakers stillingsandel som var 16,9%.

¹¹¹ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹¹² Se RG.1993s.665

sende arbeid” til også å gjelde tilbud om stillinger som normalt sett vil ligge utenfor grunnpreget til arbeidstakers vanlige arbeid.

3.3.5 Arbeidstaker må være skikket for stillingen

Det følger av forarbeidene at stillingen skal tilbys ”...*hvis vedkommende ellers er skikket for stillingen*”.¹¹³ Rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt vil derfor blant annet bero på i hvilken grad arbeidstaker er ”*skikket*” for stillingen. Spørsmålet blir dermed hva som ligger i kravet om skikkethet.

I forarbeidene til endringene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven som trådte i kraft 01.07.11, følger en nærmere redegjørelse for kravet.¹¹⁴ Departementet uttaler at arbeidstaker må være ”...*kvalifisert og egnet til arbeidet*” og ”...*i stand til å utføre arbeidet tross den reduserte arbeidsevnen*”.¹¹⁵ Dersom opplæring eller omskolering kan bøte på arbeidstakers manglende faglige kvalifikasjoner, vil arbeidsgiver ha plikt til å tilby slik opplæring eller omskolering.¹¹⁶ Det følger av proposisjonen at arbeidsgiver i utgangspunktet må påregne den tid og de ressurser en nyansettelse ville ha krevd. Situasjonen og arbeidstakers forhold, herunder alder og ansiennitet, kan også tilsi at arbeidsgiver bør akseptere ”...*en noe lengre innkjøringsperiode enn det som ellers er vanlig*”.¹¹⁷ Opplæringspliktens rekkevidde vil dermed bero på en konkret helhetsvurdering hvor også arbeidstakers alder og ansiennitet vil være av betydning.¹¹⁸

¹¹³ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.105

¹¹⁴ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹¹⁵ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹¹⁶ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹¹⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.14

¹¹⁸ Som et illustrerende eksempel på opplæringspliktens rekkevidde kan nevnes dom fra Eidsivating lagmannsrett, LE-2011-132036. Arbeidstakers krav om omskolering fra logistikkmedarbeider til apotektekniker ble ansett å ligge utenfor arbeidsgivers plikt til omskolering og opplæring. Omskoleringen ville krevd 3-årig videregående utdanning.

Hvor arbeidstakers reduserte arbeidsevne er til hinder for å utføre ledig passende arbeid, kan det synes som at arbeidsgiver har en plikt til å tilrettelegge arbeidet som tilbys. I en dom fra Oslo tingrett av 22.11.11 uttalte retten at

”Det legges til grunn at slik tilrettelegging av arbeidet også gjelder for annet passende arbeid, ikke bare tilbakeføring til samme stilling”.¹¹⁹

Reelle hensyn og formålet om et inkluderende arbeidsliv taler også for en slik forståelse. Dersom fysiske tilretteleggingstiltak fører til at arbeidsgiver kan fungere i en stilling som ellers anses som passende, bør arbeidstaker tilbys denne. Det må riktignok vurderes i sammenheng med at arbeidsgiver ikke har plikt til å opprette noen ny stilling.¹²⁰ Er det ledig en 50% stilling, vil det være urimelig at arbeidstaker skal ha krav på å arbeide 25% da dette i realiteten vil være en annen stilling. Det må her foretas en konkret vurdering, se pkt. 3.2.

For det tilfellet at språk vil være til hinder for omplassering til ny stilling kan arbeidsgiver ha plikt til å legge til rette for at arbeidstaker får gjennomføre norskkurs i regi av arbeidsgiver eller andre jf. aml. § 13-1 femte ledd jf. § 13-2 første ledd bokstav a. I en dom fra Gulating lagmannsrett av 03.03.08 uttalte lagmannsretten at

”Tilretteleggingsplikten kan ikke strekke så langt at arbeidsgiver må sørge for norskopplæring for oppnåelse av grunnleggende norskferdigheter. Det må i denne sammenheng anses tilstrekkelig at arbeidsgiver har tilbudt norskkurs og gitt henne mulighet til lån av arbeidsplass med nødvendige hjelpemidler, slik arbeidsgiver har gjort, uten at A gjorde nytte av eller fullførte dette.”¹²¹

¹¹⁹ Se 10-204182TVI-OTIR/05

¹²⁰ Se Rt.1995s.227

¹²¹ Se LG-2007-124516, min understrekning

3.3.6 Spørsmålet om arbeidsgiver må la arbeidstaker prøve seg i ulike stillinger

Det kan stilles spørsmål om det er tilstrekkelig at arbeidsgiver i vurderingen av hva som anses som passende arbeid selv foretar en vurdering, eller om arbeidsgiver faktisk må la arbeidstaker prøve seg i ulike arbeidssituasjoner. Spørsmålet er berørt i en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett av 05.06.01. Retten uttalte at tilretteleggingsplikten jf. aml. § 13 nr. 2 (nå aml. § 4-6)

”... ikke inneholder noen forpliktelse for arbeidsgiver til å la en yrkeshemmet ansatt faktisk prøve seg i ulike jobbsituasjoner for å kunne slå fast hvorvidt det er mulig å tilrettelegge en arbeidssituasjon for arbeidstakeren, det være seg vedkommendes tidligere arbeid eller en alternativ sysselsetting.”¹²²

Saken gjaldt oppsigelse av en sykemeldt arbeidstaker som var ansatt ved en go-kart bane. Retten anså det som tilstrekkelig at arbeidsgiver faktisk og reelt hadde vurdert om det var mulig å tilrettelegge eller omplassere arbeidstaker. Det ble særlig lagt vekt på at virksomhetens størrelse tilsa at arbeidsgiver hadde full oversikt.

Dommen kan som underrettspraksis ikke tas til inntekt for en mer allmenngyldig norm. Bestemmelsens ordlyd, jf. ”så langt det er mulig”, tilsier dessuten at arbeidsgiver vil ha en plikt til å la arbeidstaker prøve seg dersom dette kan bidra til å oppnå formålet om tilbakeføring. Svaret vil uansett bero på en konkret helhetsvurdering, jf. aml. § 4-6 første ledd.

3.3.7 Prøvetid ved omplassering

For det tilfellet at arbeidsgiver lar arbeidstaker prøve seg i en ”ikke-passende”-stilling kan det stilles spørsmål om tilretteleggingsplikten anses oppfylt dersom det knyttes prøvetid til den nye stillingen, jf. aml. § 15-6.¹²³ En prøvetid vil gi arbeidsgiver mulighet til å si opp

¹²² Se LB-2000-3513

¹²³ Se Fougner og Holo, 2006 s.267

arbeidstaker dersom det viser seg at arbeidstaker ikke klarer å tilpasse seg arbeidet, jf. aml. § 15-6.¹²⁴ Spørsmålet ble vurdert i dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 1999 s.1694. Høyesterett legger i dommen til grunn som hovedregel at det ikke kan knyttes prøvetid til stillingen. Noe annet vil bidra til å svekke arbeidstakers stillingsvern som kan anses som svært uheldig når arbeidstaker ellers befinner seg i en sårbar situasjon. Høyesterett uttalte bl.a. at:

” Situasjonen ved omplasseringer, hva enten den bygger på arbeidsmiljøloven § 13 nr. 2 (nå aml. § 4-6) eller § 60 nr. 2 (nå aml. § 15-7 annet ledd) , er i så måte vesensforskjellig fra den som gjelder ved nyansettelser. Arbeidsgiveren vil i sistnevnte tilfeller normalt være uten nærmere kjennskap til den person det er tale om og derved ha et legitimt behov for en prøvetid, nær sagt uavhengig av stillingens art. Det samme behov vil her regelmessig gjøre seg gjeldende på arbeidstakerens side. Ved omplasseringer vil derimot utgangspunktet være at arbeidstakeren har hatt et ordinært stillingsvern i bedriften, men at han av grunner som han ikke bærer ansvaret for må forlate sin stilling. ”

Høyesterett åpnet imidlertid for at det kan gjøres unntak når

*”...den nye stilling er av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstatere om bedriften har annet passende arbeid å tilby.”*¹²⁵

Dersom stillingen som tilbys er av en så avvikende karakter fra arbeidstakers vanlige arbeid, åpnes det for at det basert på en vurdering av både arbeidstakers og arbeidsgivers interesser, kan ilegges en prøvetid. På den annen side kan hensynet til arbeidstakers oppsigelsesvern tale mot at prøvetid bør tillates.

¹²⁴ Se Fougner og Holo, 2006 s.773

¹²⁵ Se også Fougner og Holo, 2006 s.267

3.4 IA-avtalens betydning for tilretteleggingsplikten

Et særlig spørsmål for rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for IA-bedrifter er om IA-avtalen kan legges til grunn som et skjerpende moment. Frem til endringene i arbeidsmiljøloven som trådte i kraft 01.07.11 har oppfatningen vært at IA-avtalen skjerper arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Oppfatningen synes å bygge på lagmannsrettens uttalelse i en dom fra Gulating lagmannsrett av 06.02.07:

”Lagmannsretten oppfatter avtalen som et skjerpende moment som i den samlede vurdering trekker i retning av skjerpede krav til arbeidsgivers innsats i henhold til aml. § 13 nr.2”.¹²⁶

Dette har også senere blitt lagt til grunn i underrettspraksis.¹²⁷ Med de nye innstrammningene i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt kan jeg vanskelig se at IA-avtalen i dag har noen reell betydning som et skjerpende moment. Endringene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven som trådte i kraft 01.07.11 og departementets uttalelser i den forbindelse om tolkningen av aml. § 4-6, taler for at tilretteleggingsplikten ikke er strengere for IA-bedrifter enn andre.¹²⁸ Dette fremgår også av nyere underrettspraksis fra tiden etter 01.07.11.¹²⁹ I en dom fra Frostating lagmannsrett 25.06.12 uttaler retten at:

*”Lagmannsretten kan ikke se at IA- avtalen eller retningslinjer/planer som Trondheim kommune har utarbeidet, gir A et sterkere oppsigelsesvern enn det som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser, herunder skjerpede krav for kommunen til å skaffe henne alternativ arbeid.”*¹³⁰

¹²⁶ Se LG-2006-100708

¹²⁷ Se f.eks. TOSLO-2009-117509 og TBERG-2010-33846

¹²⁸ Se Prop.89L(2010-2011)s.12-36

¹²⁹ Se 10-204182TVI-OTIR/05, 11-077293TVI-FOLL

¹³⁰ Se LF-2011-195233

Det kan dermed synes som at synet på IA-avtalen som et skjerpende moment må anses forlatt.

3.5 Nærmere om arbeidsgivers omplasseringsrett

Et spørsmål er hva arbeidsgiver har plikt til, en annen side er hva arbeidsgiver har rett til å pålegge arbeidstaker av omplassering. Spørsmålet vil være aktuelt der arbeidstaker ikke ønsker å akseptere de stillingene arbeidsgiver tilbyr. Hovedregelen er at arbeidsgiver ikke i kraft av sin styringsrett kan foreta endringer i arbeidsforholdet som går utover stillingens grunnpreg, se pkt. 1.2.2. En elektriker kan for eksempel ikke i kraft av styringsretten beordres til å påta seg en stilling som sentralbordmedarbeider. For at arbeidsgiver skal ha en omplasseringsrett må omplasseringsalternativene i utgangspunktet ligge innenfor stillingens grunnpreg.

I pkt. 3.3.4 legges det til grunn at arbeidsgiver, i mangel av andre muligheter, plikter å tilby stillinger som i utgangspunktet ligger utenfor stillingens grunnpreg og dermed også utenfor arbeidsgivers styringsrett. For at arbeidstaker skal kunne pålegges en så stor endring i arbeidsforholdet er utgangspunktet at arbeidsgiver må gå veien om oppsigelse i kombinasjon med tilbud om ny stilling.¹³¹

I boken ”Sykefravær” stiller advokat Nicolay Skarning spørsmål om arbeidsgiver må anses å ha en større styrings- og omplasseringsrett når arbeidstakeren har redusert arbeidsevne eller høyt sykefravær.¹³² Tanken er at arbeidstakers reduserte arbeidsevne representerer en bristende forutsetning for arbeidsavtalen som gjør det nødvendig for arbeidsgiver å sette inn reparative tiltak. Av eldre Høyesteretts praksis er det lagt til grunn at arbeidstakers sykdom representerer en ekstraordinær omstendighet som kan medføre en midlertidig utvidelse av arbeidsplikten. Det følger av dom inntatt i Rt.1927s.297 at

¹³¹ Se Dege, 2009 s.85-86

¹³² Se Skarning, 2011 kap.7

”Sykdomstilfelle blant det øvrige mannskap, ulykker og lignende vil kunne ha til følge at den kontraktsmessige arbeidsplikt utvider seg utover det som vedkommende under normale forhold plikter å utføre. En naturlig fortolkning av arbeidskontrakten må føre til en sådan plikt.”

Oppfatningen ble senere fulgt opp i en dom inntatt i Rt. 1964 s.1345.¹³³ Skarning legger til grunn at arbeidsgivers styringsrett og motsvarende arbeidstakers arbeidsplikt bør utvides til også å gjelde arbeid som ligger utenfor stillingens grunnpreg.¹³⁴ Han begrunner sitt syn med at det ville være uhensiktsmessig både for arbeidsgiver og arbeidstaker at man må gå gjennom en oppsigelsesprosess for å foreta slike endringer. Oppsigelsesreglene jf. aml. kappittel 15 er rettet mot at arbeidstaker skal ut av bedriften, mens reglene om tilrettelegging har som mål at arbeidstaker skal beholdes i virksomheten. Det vil være i den ansattes interesse å bli omplassert og ikke oppsagt, da oppsigelsen er endelig og permanent. Der vil derfor fremstå som et bedre alternativ å gi arbeidsgiver en utvidet styringsrett.¹³⁵ Spørsmålet er om det finnes rettslig grunnlag for en slik utvidelse av arbeidsgivers styringsrett overfor arbeidstaker med redusert arbeidsevne.

Arbeidsgivers styringsrett begrenses i utgangspunktet av den individuelle arbeidsavtalen, lov og tariffavtale lov, se pkt. 1.2.2. Spørsmålet blir så om lovteksten åpner for en utvidet styringsrett overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne.

I følge Skarning må spørsmålet besvares bekreftende. Han finner for det første støtte for en utvidet styringsrett i ordlyden i aml. § 4-6 annet ledd, ”*annet arbeid*”, som han mener peker hen til annen stilling. Videre legger han til grunn at den vide ordlyden i ftrl. § 8-4

¹³³ Se Andersen, 1967 s.112-114

¹³⁴ Se pkt. 1.2.2. og Skarning s.74-80

¹³⁵ Se Skarning, 2011 s.72-73

annet ledd, om arbeidstakers aktivitetsplikt, jf. begrepet ”*arbeidsrelatert aktivitet*”, taler for en utvidet styringsrett.

Det er på det rene at arbeidsgiver jf. aml. § 4-6 vil ha en plikt til å tilby en annen stilling, i mangel av andre muligheter, men arbeidsgiver har ikke nødvendigvis rett til å pålegge arbeidstaker en slik stilling. En slik oppfatning kan etter min oppfatning ikke utledes av bestemmelsens ordlyd. Jeg kan heller ikke se at ftrl. § 8-4 kan tas til inntekt for en utvidet styringsrett. Folketrygdloven skiller mellom bedriftsinterne tiltak og arbeidsrettede tiltak i regi av NAV. Begrepet ”*arbeidsrelatert aktivitet*”, jf. ftrl. § 8-4 annet ledd viser til at sykemeldt arbeidstaker har plikt til å holde seg i aktivitet for å ha rett til sykepengen, det være seg aktivitet i regi av virksomheten eller NAV. Dette har etter endringene i folketrygdloven som trådte i kraft 01.07.11 blitt enda klarere presisert ved at ftrl. § 8-4 nå henviser til aml. § 4-6 første ledd og ftrl. § 8-7a første ledd. Jeg kan derfor vanskelig se at ordlyden i folketrygdloven kan brukes som argument for at arbeidsgiver har en utvidet styringsrett. Dersom bedriftsinterne tiltak ikke fører frem, vil NAV overta ansvaret for å holde arbeidstaker i aktivitet. Det er dette som ligger i begrepet ”*arbeidsrettede tiltak*”, og ikke nødvendigvis at arbeidsgiver har en utvidet adgang til å pålegge arbeidstaker oppgaver utenfor stillingens grunnpreg. Jeg har også vanskelig for å se at bedriftsøkonomiske hensyn eller hensynet til et inkluderende arbeidsliv alene kan tale for en utvidet styringsrett.¹³⁶

I Prop.89L(2010-2011) er det eksplisitt tatt stilling til spørsmålet. Departementet legger til grunn at selv om arbeidsgiver har plikt til å tilby ”ikke-passende”-stillinger plikter arbeidstaker ”...imidlertid ikke å ta imot en slik stilling.”¹³⁷ Forarbeidene taler dermed mot at arbeidsgiver har en utvidet styrings- og omplasseringsrett overfor arbeidstaker med redusert arbeidsevne.

¹³⁶ Jf. Skarnings vurderinger i Skarning, 2011 på s.74-80

¹³⁷ Se Prop.89L(2010-2011)s.14 og 17

For det tilfellet at det oppstår uenighet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om omplasseringen ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett, følger det av arbeidsrettslige prinsipper at arbeidstaker har en resignasjonsplikt.¹³⁸ I dette ligger at arbeidstaker plikter å etterkomme arbeidsgivers pålegg om utføring av arbeidsoppgaver. Noe annet vil regnes som et brudd på eller mislighold av arbeidsforholdet som må bedømmes på bakgrunn av de alminnelige regler om mislighold av plikter i arbeidsforhold.¹³⁹ Dette er en naturlig konsekvens av det underordningsforhold arbeidstaker stiller seg i ved å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver.¹⁴⁰ Det vil derfor være arbeidstakers risiko dersom han/hun nekter å etterkomme arbeidsgivers ordre.¹⁴¹ I utgangspunktet må arbeidstaker først godta de endringer arbeidsgiver pålegger, og eventuelt deretter reise sak mot arbeidsgiver.

3.6 Oppsummering

Det fremgår av gjennomgangen at begrensningen ”så langt det er mulig” jf. aml. § 4-6 første ledd, beror på en konkret helhetsvurdering der virksomhetens, art, størrelse og økonomi må veies opp mot arbeidstakers forhold. Dersom det ikke er mulig å tilrettelegge arbeidstakers vanlige arbeid skal arbeidsgiver vurdere de omplasseringsmuligheter som finnes innenfor virksomheten. Plikten rekker ikke så langt som til å opprette nye stillinger.¹⁴² Rammen av hva som er mulig vil også bero på rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett overfor de øvrige ansatte i virksomheten. Tilretteleggingstiltak overfor én skal ikke gå utover de andre ansattes rettigheter etter den individuelle arbeidsavtalen, arbeidsmiljøloven eller tariffavtale.

¹³⁸ Se Rt 1977s.902 og Fougner, 2007 s.299, se pkt.1.2.2.

¹³⁹ Se pkt. 5

¹⁴⁰ Det er gjort unntak for de tilfelle der arbeidsgivers pålegg er klart ulovlige eller svært inngripende, se nærmere Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.144 om unntak fra resignasjonsplikten ved arbeidsgivers pålegg om kontrolltiltak.

¹⁴¹ Se nærmere kap.4 og 5

¹⁴² Jf. Rt.1995s.227

4 Arbeidstakers medvirkningsplikt

4.1 Innledning

Det følger som en forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne igangsette konkrete og hensiktsmessige tiltak jf. aml. § 4-6 at arbeidstaker samarbeider. Arbeidstakers medvirkning vil derfor, som nevnt i pkt. 3.2.3, få betydning for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Det ville være lite hensiktsmessig om arbeidsgiver skal bruke ressurser på tilretteleggingstiltak som arbeidstaker ikke benytter seg av. Arbeidstaker har derfor en motsvarende medvirkningsplikt jf. aml. § 2-3 bokstav f og g.¹⁴³ Plikten kan nok også utledes av den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold.¹⁴⁴

Lovens ordlyd gir ingen nærmere anvisning på hva som ligger i begrepet ”medvirke”. En alminnelig språklig forståelse tilsier at arbeidstaker må bidra til å gjøre det mulig for arbeidsgiver å utøve sin plikt. Dette kan også ses i sammenheng med arbeidstakers lydighetsplikt og forholdet til aml. § 4-6.

Som nevnt i pkt. 2.5 er sykefraværsoppfølgingen basert på et samarbeid mellom arbeidsgiver, sykemelder og NAV.¹⁴⁵ Både det offentlige, virksomheten og arbeidstaker selv vil dra nytte av å unngå langvarige sykemeldinger. En tilsvarende medvirkningsplikt for arbeidstaker følger derfor også av ftrl. §§ 8-4 og 8-8. Hensikten med bestemmelsene om arbeidstakers medvirkningsplikt er å pålegge arbeidstaker et ansvar for raskest mulig å komme tilbake i arbeid, blant annet ved å holde seg i aktivitet.¹⁴⁶

Selv om arbeidsmiljøloven og folketrygdloven i prinsippet regulerer to atskilte forhold, arbeidsgivers tilretteleggingsplikt på den ene side og arbeidstakers aktivitetsplikt for å

¹⁴³ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.104. Aml. § 2-3 viderefører tidligere aml. § 16, og er materielt sett ikke endret. Begrepet ”medvirkningsplikt” er ment å klargjøre ”...arbeidsgivers overordnede ansvar vis a vis arbeidstakers mer konkrete plikter”, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.305.

¹⁴⁴ Se Storeng, 2011 s.297 og Kokkvold, 2005 s.50

¹⁴⁵ Se Prop.89.L(2010-2011)s.15-16

¹⁴⁶ Se Rundskriv fra NAV R08-00-J12

opprettholde rett til sykepenger på den annen, er det likevel en nær sammenheng mellom regelsettene.¹⁴⁷ Det følger av forarbeidene at

*”Folketrygdloven § 8-4 og arbeidsmiljøloven § 4-6 skal fortolkes og praktiseres i lys av hverandre, slik at arbeidstakers ”plikt” etter folketrygdloven ikke går lenger enn arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven”*¹⁴⁸

Jeg vil i det følgende se nærmere på innholdet i arbeidstakers medvirkningsplikt, herunder omfanget av arbeidstakers aktivitetsplikt, opplysningsplikt og rehabiliteringsplikt. Jeg vil også se nærmere på konsekvensene av arbeidstakers manglende medvirkning både for arbeidsforholdet og for arbeidstakers rett til sykepenger.

4.2 Arbeidstakers opplysningsplikt

En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne gjennomføre sin tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6 er at arbeidstaker gir opplysninger om sin restarbeidsevne. Arbeidstaker har derfor en opplysningsplikt jf. arbeidstakers lojalitetsplikt og aml. § 2-3 annet ledd bokstav f.

Tilsvarende plikt følger av ftrl. § 8-8 første ledd første punktum. Det følger av bestemmelsens ordlyd at arbeidstaker *”... har plikt til å gi opplysninger til arbeidsgiveren og Arbeids- og velferdsetaten om egen funksjonsevne...”*

Dersom den reduserte arbeidsevnen fører til sykemelding, vil opplysningene i dag som oftest gis sammen med sykemeldingen. I skjemaet for sykemelding, vil sykemelder i en egen rubrikk gi opplysninger om restarbeidsevnen og eventuelt hvilke tiltak som anbefales.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.105

¹⁴⁸ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.309

¹⁴⁹ Se ”Veileder til utfylling og bruk av sykemeldingsblankett” NAV,2011

Skyldes sykemeldingen forhold på arbeidsplassen har imidlertid legen plikt til å melde i fra om dette til Arbeidstilsynet, jf. aml. § 5-3 (1). Med arbeidstakers samtykke skal også arbeidsgiver underrettes om sykdommen, jf. aml. § 5-3 (2).

Opplysningsplikten overfor arbeidsgiver begrenses til opplysninger som er nødvendige for at arbeidsgiver skal kunne oppfylle sin plikt jf. aml. § 4-6. Det er viktig å merke at det er restarbeidsevnen som arbeidstaker har plikt til å opplyse om, og ikke diagnosen.¹⁵⁰

4.3 Arbeidstakers aktivitetsplikt

Arbeidstaker har videre en plikt, jf. aml. § 2-3 annet ledd bokstav f til å

”medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner ved helt eller delvis fravær fra arbeidet på grunn av ulykke, sykdom, slitasje eller lignede”.

Medvirkningsplikten vil derfor også innebære at arbeidstaker må bruke sin restarbeidsevne og akseptere arbeidsgivers forslag om tilrettelegging av hans/hennes vanlige arbeid eller omplassering til annet arbeid. I forbindelse med omplassering vil arbeidstaker også ha plikt til å tilegne seg de kvalifikasjoner som den nye stillingen krever. Medvirkningsplikten innebærer derfor videre en plikt for arbeidstaker til å gjennomføre den opplæring eller omskolering arbeidsgiver mener er nødvendig for stillingen.¹⁵¹

¹⁵⁰ Se Ot.prp.nr.18(2002-2003)s.11 og LE-1999-653. Saken gjaldt spørsmålet om oppsigelse/avskjed. Lagmannsretten det ikke var et tillitsbrudd fra arbeidstakers side å ikke informere medarbeidere og arbeidsgiver om den reelle bakgrunnen for sitt usedvanlige store sykefravær.

¹⁵¹ Se pkt. 3.3.5 og 11-077293TVI-FOLL

Dersom stillingen som tilbys arbeidstaker ligger utenfor det som anses som ”passende”, vil arbeidstaker i utgangspunktet ikke ha plikt til å akseptere stillingen.¹⁵² Arbeidstaker løper likevel en risiko ved å ikke akseptere arbeidsgivers tilbud.¹⁵³

En tilsvarende plikt følger av ftrl. § 8-8 første ledd første punktum. Arbeidstaker plikter å

”...bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet og utprøving av funksjonsevnen blir utredet og iverksatt, se også § 21-3. Medlemmet plikter også å medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner...som nevnt i arbeidsmiljøloven § 4-6 og folketrygdloven § 8-7 a”.

Det følger også av ftrl. § 8-4 annet ledd at arbeidstaker for å få rett til sykepenger utover åtte uker

”...så tidlig som mulig og senest innen 8 uker [må] prøve seg i arbeidsrelatert aktivitet, jf. aml. § 4-6 første ledd og ftrl. § 8-7a første ledd, unntatt når medisinske grunner klart er til hinder for slik aktivitet.”

Henvisningen til aml. § 4-6 og ftrl. § 8-7a innebærer at ”arbeidsrelatert aktivitet” både vil være bedriftsinterne tiltak og arbeidsrettede tiltak i regi av NAV.¹⁵⁴ Dersom bedriftsinterne tiltak ikke fører frem, vil arbeidstaker også ha en plikt til å samarbeide med NAV om utprøving av arbeidsrettede tiltak, jf. ftrl. § 8-7a.

Aktivitetsplikten jf. ftrl. § 8-4 annet ledd må ses i sammenheng med arbeidsgivers plikt til å gi melding til NAV innen ni uker, jf. ftrl. § 25-2 tredje ledd.¹⁵⁵ Det følger av arbeidsmiljø-

¹⁵² Se Prop.89L(2010-2011)s.14 og 17

¹⁵³ Se pkt. 3.5 og kap.5

¹⁵⁴ Se pkt. 2.7.2 og NAVs rundskriv til bestemmelsen R08-00-J12

¹⁵⁵ Arbeidsgiver vil i meldingen til NAV ha muligheten til å gi NAV opplysninger om arbeidstakers manglende medvirkning, se pkt. 2.5.4.

lovens forarbeider at arbeidstakers plikt etter ftrl. § 8-4 ikke går lenger enn arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven.¹⁵⁶

4.4 Arbeidstakers møte- og samarbeidsplikt

Det følger videre av aml. § 2-3 annet ledd bokstav g at arbeidstaker har plikt til å

”...delta i dialogmøter etter innkalling fra arbeidsgiver, jf. § 4-6 fjerde ledd”.

Det bør også kunne stilles krav om at arbeidstaker på møtet må svare på de relevante spørsmål arbeidsgiver måtte ha og bidra til dialog om tiltak og utvikling i restarbeidsevnen.

Unntak kan tenkes der medisinske årsaker gjør det umulig for arbeidstaker å møte. Dette bør kunne dokumenteres ved sykemelding fra lege. Arbeidsgiver vil ikke ha noen mulighet til å sette seg over denne. Illustrerende er dom fra Gulating lagmannsrett av 05.07.12.¹⁵⁷ Arbeidsgiver valgte å avskjedige arbeidstaker etter at han ikke møtte til samtale med arbeidsgiver dagen etter at arbeidstaker ble skadet på jobb. Retten uttalte at:

”Når arbeidsgiver da pålegger ham å møte opp på arbeidsplassen for å diskutere alternative arbeidsoppgaver samme dag, mener retten at arbeidstaker må være berettiget til å unnlate å møte med henvisning til legens vurdering...Hadde det vært tale om en lengre sykemelding, med behov for å diskutere tilpasninger på lengre sikt, kunne saken etter omstendighetene stilt seg annerledes”.

Det er også en forutsetning for retten til sykepengar at arbeidstaker møter til dialogmøter. Det følger av ftrl. § 8-8 første ledd første punktum at arbeidstaker plikter å *”... delta i dialogmøter som nevnt i arbeidsmiljøloven § 4-6 og folketrygdloven § 8-7 a”*. Arbeidstaker

¹⁵⁶ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.309

¹⁵⁷ Se LG-2011-134455

har dermed plikt til å møte på alle dialogmøter som arrangeres i forbindelse med hans/hennes sykefravær for å opprettholde sin rett til sykepenges.¹⁵⁸

4.5 Arbeidstakers rehabiliteringsplikt

Det kan stilles spørsmål om arbeidstakers medvirkningsplikt etter arbeidsmiljølovens bestemmelser innebærer en rehabiliteringsplikt for arbeidstaker. Spørsmålet er vurdert i en avgjørelse fra Hålogaland lagmannsrett av 19.05.1998. Saken gjaldt en legesekretær som ble avskjediget under henvisning til misbruk av sykemelding. Arbeidstaker var sykemeldt på grunn av senebetennelse i arm og dårlig nakke. Likevel valgte arbeidstaker å gjennomføre en kjøretur på rundt 50 mil. Retten la til grunn at rehabiliteringsplikten som følger av ftrl. § 21-8 må gjelde som et generelt prinsipp. Lagmannsretten uttalte at:

*”Etter sin ordlyd og plassering tar bestemmelsen direkte sikte på regulering av ytelser etter folketrygden. Lagmannsretten er imidlertid enig med den ankende part i at det er riktig å anse dette som et mer generelt prinsipp i arbeidsforhold.”*¹⁵⁹

Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene eller behandlet av Høyesterett. Det er derfor uklart om det kan innfortolkes en rehabiliteringsplikt som en del av arbeidstakers medvirkningsplikt jf. aml § 2-3. På den annen side kan den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold muligens tale for et slikt syn. Det kan vanskelig trekkes noen annen konklusjon enn at svaret må bero på en konkret helhetsvurdering.

For å beholde retten til sykepenges har arbeidstaker derimot, jf. ftrl. § 8-8 annet ledd, en plikt til å ta imot tilbud om behandling og rehabilitering. Det følger videre av ftrl. § 21-8 annet ledd at dersom sykepenges er innvilget kan folketrygden holde ytelsen tilbake

¹⁵⁸ Se pkt. 2.6.3 og 2.6.5

¹⁵⁹ Se LH-1997-889

”...dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å rette seg etter legens råd. Det samme gjelder dersom medlemmet opptrer på en måte som han eller hun bør forstå kan forverre helsetilstanden eller forlenge arbeidsuførheten.”

4.6 Konsekvenser ved manglende medvirkning

Dersom arbeidstaker uten rimelig grunn ikke medvirker, vil dette for det første ha innvirkning på omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6. Det er lagt til grunn i forarbeidene at arbeidsgivers plikter ikke vil være like omfattende når arbeidstaker ikke medvirker.¹⁶⁰

Videre vil arbeidstakers manglende medvirkning kunne brukes som et moment i en eventuell oppsigelsessak. Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven om arbeidstakers tilretteleggingsplikt kan anses som en konsekvens av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers arbeids- og lydighetsplikt.¹⁶¹ Det følger av alminnelige arbeidsrettslige prinsipper at arbeidstaker har en plikt til å resignere ved eventuell tvist om rettmessigheten av arbeidsgivers pålegg.¹⁶² Ved uenighet vil derfor arbeidstaker ha en plikt til å akseptere de tilretteleggingstiltak arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker. En annen sak er at arbeidstaker senere kan gå til sak mot arbeidsgiver dersom han/hun hevder at arbeidsgiver har gått utover sin styringsrett. Manglende medvirkning kan dermed ses på som en ordrenekt, som igjen kan være gjenstand for avskjed eller oppsigelse, også der hvor beordringen i utgangspunktet var urettmessig.¹⁶³

Det følger videre av ftrl. § 8-8 annet ledd at

¹⁶⁰ Se Prop.89L(2010-2011)s.17, se også pkt.3.2.3.

¹⁶¹ Se Fougner og Holo, 2006 s.134 og pkt.3.5 og kap.5

¹⁶² Se pkt.1.2.2.

¹⁶³ Se kap.5

” Retten til sykepenger faller bort dersom medlemmet uten rimelig grunn nekter å gi opplysninger eller medvirke til utredning, eller uten rimelig grunn nekter å ta imot tilbud om behandling, rehabilitering, tilrettelegging av arbeid og arbeidsutprøving eller arbeidsrettede tiltak, se også § 21-8. Det samme gjelder dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner eller unnlater å delta i dialogmøter som nevnt i første ledd.”

Dersom arbeidstaker ikke medvirker til oppfølgingsarbeidet i regi av arbeidsgiver og/eller NAV risikerer dermed arbeidstaker å miste sin rett til sykepenger både fra arbeidsgiver og NAV. For arbeidstaker vil dette være en svært alvorlig reaksjon da sykepengene ofte er arbeidstakers eneste inntektskilde under sykefraværet. Det vil derfor forut for en eventuell stans undersøkes om den sykemeldte har hatt rimelig grunn til ikke å medvirke.

Et eksempel er en dom fra Borgarting lagmannsrett.¹⁶⁴ Lagmannsretten opprettholdt et vedtak om opphør av retten til sykepenger på grunn av arbeidstakers manglende medvirkning. Dommen gir en nærmere redegjørelse for hva som kan anses som ”rimelig grunn” jf. ftrl. § 8-8 og gir et illustrerende eksempel på rekkevidden av arbeidstakers medvirkningsplikt i forhold til retten til sykepenger. Saken gjaldt en arbeidstaker som var sykemeldt på grunn av psykisk ubalanse som følge av en konflikt med sin arbeidsgiver. Etter sykemelding fra sin lege unnlot arbeidstaker å møte til oppfølgingsmøter med arbeidsgiver og medvirke til å få utprøvd arbeidsevnen utenfor arbeidsforholdet. NAV valgte imidlertid å underkjenne legens sykemelding, på bakgrunn av vurdering fra sin rådgivende lege, og vedtok stopp i sykepenger. Lagmannsretten uttalte at:

¹⁶⁴ Se LB-2011-40569

”...det ved vurderingen av hva som er ”en rimelig grunn” etter folketrygdlovens § 8-8 annet ledd, ikke bare er de medisinske grunner som er relevante. Behovet og hensiktsmessigheten for et møte må tas i betraktning.”

Basert på en konkret helhetsvurdering kom lagmannsretten til at det ikke forelå rimelig grunn. Arbeidstakers sykdom var ikke av en så *”alvorlig eller manifest art”* at arbeidstaker ikke kunne møte. Det ble også lagt vekt på at det nettopp i konfliktsituasjoner er viktig at et slikt møte med arbeidsgiver blir gjennomført. Arbeidstakers angst for å møte arbeidsgiver kunne avhjelpes ved at arbeidstaker fikk ha med seg en støtteperson. Dette var også tilbudt fra arbeidsgiver.

Arbeidstaker anførte videre at vedtaket måtte bygge på en saksbehandlingsfeil på grunnlag av at NAV ikke kunne sette til side legens vurdering. Lagmannsretten uttalte om dette at

”Det følger direkte av lovens system at en leges sykemelding kan bli satt til side i den forstand at NAV nekter utbetaling av sykepenger i tilfelle der legen har søkt om det på vegne av medlemmet.”¹⁶⁵

Dommen viser også at det ved tvil om arbeidstakers opplysninger om funksjonsevne er korrekte, vil NAV ha myndighet til å benytte sin rådgivende lege til å vurdere den innsendte sykemeldingen. Til sammenlikning må arbeidsgiver ved tvil om berettiget sykemelding, godta legens vurdering, se pkt.2.3. NAVs vurdering er basert på et lovbundet skjønn, domstolene vil derfor ha full prøvingsrett av den vurdering som er gjort.

¹⁶⁵ Se LB-2011-40569

5 Tilretteleggingsplikten og forholdet til oppsigelse

5.1 Innledning

For det tilfelle at tilrettelegging ikke er mulig, eller arbeidstakers manglende medvirkning vanskeliggjør tilretteleggingsarbeidet, oppstår spørsmålet om arbeidsgiver kan si opp arbeidstaker. Hovedregelen er at en oppsigelse må være saklig begrunnet, jf. aml. § 15-7 første ledd. Det følger av bestemmelsen at en *”arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakers forhold”*.

Loven oppstiller en særskilt verneperiode for sykemeldte arbeidstakere begrenset til 12 måneder. Det følger av aml. § 15-8 første ledd at en *”arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.”*

Etter utløpet av verneperioden skal en eventuell oppsigelse vurderes etter hovedregelen om saklig grunn jf. aml. § 15-7 første ledd. Domstolene har full og uinnskrenket prøvelsesrett av oppsigelsens saklighet, jf. dom inntatt i Rt. 1984 s.1058. Retten uttaler på s.1067 at

”Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren”.

For den videre fremstilling av reglene om arbeidstakers oppsigelsesvern forutsettes det at saksbehandlingsreglene aml. §§ 15-1 til 15-4 er oppfylt.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Det skal likevel nevnes at manglende saksbehandling ikke nødvendigvis er en ugyldighetsgrunn. Se f.eks. LF-2011-195233. Oppsigelsen ble kjent gyldig til tross for manglede drøftingsmøte jf.aml.§15-1 og dialogmøte jf. aml.§4-6 fjerde ledd.

5.2 Nærmere om verneperioden, jf. § 15-8

5.2.1 Innledning

Det første jeg vil se på er i hvilken grad arbeidstaker er vernet mot oppsigelse de første 12 månedene, herunder om arbeidstakers manglende medvirkning kan føre til oppsigelse i verneperioden.

Det følger av aml. § 15-8 første ledd at

*”Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte”.*¹⁶⁷

Hensynet bak bestemmelsen er at arbeidstaker så langt som mulig, skal slippe å sette i gang en prosess for å unngå å miste arbeidet, mens han er arbeidsufør.¹⁶⁸ Vernet mot oppsigelse begrunnet i sykefravær er absolutt.¹⁶⁹ Forbudet gjelder uansett hvilke ulemper sykefraværet vil påvirke virksomheten og selv om det er klart at arbeidstaker ikke vil kunne vende tilbake til arbeid etter verneperioden. Dette er presisert i Rt. 2011 s. 596 hvor Høyesterett uttaler i avsnitt 62:

”Avslutningsvis vil jeg bemerke at jeg ikke kan se at det har betydning for vurderingen om det på oppsigelsestidspunktet framsto som sannsynlig at As arbeidsuførhet var varig.”

¹⁶⁷ Bestemmelsen er en videreføring av tidligere aml. § 64 nr.1 til 3, med den endring at verneperioden er utvidet fra seks måneder til en generell verneperiode på ett år, se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231

¹⁶⁸ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231 og Rt.2011s.596 avsn.56

¹⁶⁹ Vernet gjelder også for arbeidstakere med redusert arbeidsevne ansatt i vernet bedrift, se Rt.1986s.224

Verneperioden gjelder dermed uavhengig av arbeidstakers prognose.¹⁷⁰

5.2.2 Varsel om fravær

Det er et vilkår for at arbeidstaker skal kunne påberope seg vernet etter aml. § 15-8 at arbeidsgiver varsles om fraværet ”innen rimelig tid”, se aml. § 15-8 tredje ledd. Normalt tilsier dette at arbeidsgiver varsles samme dag som sykefraværet inntreffer.¹⁷¹ Det følger av bestemmelsens ordlyd at varselet skal bringes til arbeidsgiver ”ved legeattest eller på annen måte”. En telefon til arbeidsgiver eller egenmelding vil derfor som hovedregel være tilstrekkelig. Ved tvil om lovlig fravær har arbeidstaker bevisbyrden, se Rt. 1986 s. 1429.¹⁷² Det følger videre av aml. § 15-8 tredje ledd annet punktum at dersom ”...arbeidsgiver krever det, må det samlede sykefravær godtgjøres ved legeattest”.

Dersom fraværet ikke varsles, vil det i utgangspunktet anses som ugyldig fravær som igjen kan være grunnlag for oppsigelse jf. aml. § 15-7 første ledd.¹⁷³

5.2.3 Årsakskravet og arbeidsgivers bevisbyrde

Arbeidstakers vern jf. aml. § 15-8 gjelder for oppsigelser som har sin begrunnelse i at arbeidstaker er ”helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom”. En arbeidstaker som er til stede på jobb på grunn av tilrettelegging jf. aml. § 4-6 vil etter en språklig fortolkning av bestemmelsens ordlyd ikke omfattes av det særlige vernet i aml. §

¹⁷⁰ Til sammenligning kan arbeidstaker være unnlatt fra å tilrettelegge der arbeidstakers prognose klart tilsier at arbeidstaker aldri vil kunne vende tilbake til arbeid, se pkt. 2.2. Arbeidstaker vil uansett ha et oppsigelsesvern jf. aml. § 15-8.

¹⁷¹ Se Johansen, 2011 s. 772

¹⁷² Arbeidsgiver har riktignok bevisbyrden for at oppsigelsen ikke er begrunnet i sykefraværet, jf. aml. § 15-8 annet ledd jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231 og pkt. 5.2.3.

¹⁷³ Se LB-2002-2867. Arbeidstaker sendte en kort tekstmelding til arbeidsgiver og lot senere ikke høre fra seg. Retten fant at oppsigelsen var gyldig begrunnet i arbeidstakers manglende kommunikasjon/informasjon under sykefraværet og ikke selve sykefraværet. Se likevel om forholdet til årsakskravet i pkt. 5.2.3. Se også LB-2008-13510 arbeidstaker ble avskjediget to dager etter å ha forlatt arbeidet på grunn av en uoverensstemmelse. Sykemelding ble levert kort tid etterpå. Lagmannsretten fant det godtgjort at arbeidstakeren forlot arbeidet fordi han var syk. Oppsigelsen ble ansett ugyldig.

15-8. En slik forståelse samsvarer dårlig med formålet om et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 bokstav e og reglene om tilrettelegging jf. aml. § 4-6. Det fremgår av forarbeidene at begrepet *”delvis borte fra arbeidet”* ble inntatt for *”...å klargjøre at bestemmelsen også gjelder for arbeidstakere med aktiv eller delvis sykemelding”*.¹⁷⁴ Dette taler for at det er den dokumenterte arbeidsuførheten jf. ftrl. §§ 8-7 og 8-13, og ikke det fysiske sykefraværet fra arbeid som avgjør om arbeidstaker omfattes av vernet eller ikke.¹⁷⁵ En arbeidstaker som er til stede på arbeidsplassen, men med tilrettelagte arbeidsoppgaver som følge av gradert sykemelding jf. ftrl. § 8-13, vil dermed også omfattes av det særlige vernet jf. aml. § 15-8.

Hovedregelen er at en arbeidstaker er vernet mot oppsigelser som har sin grunn i sykefraværet. Arbeidsgiver er imidlertid ikke avskåret fra å si opp sykemeldt arbeidstaker på grunn av andre forhold, som for eksempel vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Oppsigelsen må i så fall vurderes jf. aml. § 15-7. Det følger av aml. § 15-8 annet ledd at en oppsigelse i verneperioden skal anses å ha sin grunn i sykefraværet med mindre *”...noe annet gjøres overveiende sannsynlig”*. En oppsigelse kan derfor anses som lovlig så fremt arbeidsgiver med overveiende grad av sannsynlighet klarer å bevise at oppsigelsen *utelukkende* har sin årsak i andre forhold enn sykefraværet. Som eksempler kan nevnes nedbemanning eller manglende samarbeid og illojal opptreden.¹⁷⁶ Beviskravet er strengt idet det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen er begrunnet i andre forhold.

Et særlig spørsmål er om arbeidstakers brudd på sin medvirkningsplikt jf. aml. § 2-3 annet ledd bokstav f og g, kan gi arbeidsgiver grunn til oppsigelse i verneperioden.¹⁷⁷ Det vil i så fall i utgangspunktet være arbeidstakers manglende medvirkning som er årsaken og ikke

¹⁷⁴ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.23. Ordningen med aktiv sykemelding ble avskaffet f.o.m. 01.07.11 jf. Prop.89L(2010-2011)s.43-46

¹⁷⁵ Se En arbeidstaker med redusert arbeidsevne som ikke samtidig er helt eller delvis sykemeldt vil ikke være omfattet av aml. § 15-8, se Johansen,2011 s.769.

¹⁷⁶ Se Rt.2001s.1362. En adjunkt ble oppsagt på grunn av manglende samarbeidsevner og illojal opptreden overfor overordnede og kolleger.

¹⁷⁷ Se kap.4.

arbeidsuførheten som sådan. Et illustrerende eksempel er en dom fra Borgarting lagmannsrett.¹⁷⁸ Saken gjaldt erstatning etter usaklig oppsigelse, jf. aml. § 15-12 annet ledd. Arbeidstaker hadde unnlatt å varsle på forsvarlig måte ved kun å sende en kort tekstmelding og senere ikke latt høre fra seg. Arbeidsgiver hadde på sin side prøvd å ta kontakt utallige ganger ved telefon og oppsøkende virksomhet. Uvissheten skapte økonomiske og praktiske problemer for firmaet, og arbeidstaker ble derfor oppsagt etter bare 5 ukers sykefravær. Retten la likevel prejudisielt til grunn at oppsigelsen var saklig begrunnet. Lagmannsretten fant at det i saken var

”...tilstrekkelig sannsynliggjort at B ikke ble sagt opp på grunn av sykefraværet, men utelukkende på grunn av hans manglende informasjon/kommunikasjon under fraværet. Forholdet rammes derfor ikke av begrensningen i § 64.”

Oppsigelsesspørsmålet ble dermed vurdert etter aml. § 60 (nå § 15-7) og ikke aml. § 64 (nå § 15-8).

En dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 2011 s.596 gir en nærmere avklaring på årsakskravets innhold. Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelse av en arbeidstaker i sykemeldingsperioden. Saken er avgjort på grunnlag av sjømannsloven § 14, nr. 2 som er utformet etter mønster av aml. § 64 (nå § 15-8). Dommen vil dermed også ha relevans ved vurderingen av arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern, jf. dommens avsnitt 42.¹⁷⁹ Saken omhandlet en sjømann som var sykemeldt på grunn av ankelplager. Ankelplagene forårsaket tap av helseattest som var en forutsetning for å kunne tjenestegjøre på rederiets skip. På grunn av manglende helseattesten ble arbeidstaker oppsagt. Spørsmålet var om det var sykefraværet som måtte anses som begrunnelse for oppsigelsen. Høyesterett legger vekt på forarbeidene til tidligere arbeidsmiljølov hvor det heter at

¹⁷⁸ Se LB-2002-2867

¹⁷⁹ Se pkt.1.3.

”Det vil her ikke være nok at det påvises grunner som sammen med sykefraværet kunne gi grunnlag for oppsigelse. Det må foreligge omstendigheter som helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn for oppsigelse.”¹⁸⁰

Høyesterett legger videre til grunn at

”Det som her er sitert fra forarbeidene, tilsier etter min mening at forhold som har sammenheng med sykdommen eller skaden som førte til sykefraværet - i dette tilfellet tapet av helseattesten - ikke skal kunne gi grunnlag for oppsigelse i verneperioden etter sjømannsloven § 14... Også reelle hensyn taler etter min mening for at arbeidstaker skal være vernet mot oppsigelse der det er en slik direkte sammenheng mellom årsaken til tap av helseattest og arbeidsuførheten”.

Det følger av Høyesteretts uttalelser at årsaken for en eventuell oppsigelse i verneperioden ikke på noen måte kan ha sin sammenheng med arbeidsuførheten. Samtidig må årsaken alene kunne gi saklig grunn til oppsigelse jf. aml § 15-7 første ledd. Innenfor verneperioden vil det derfor ikke være tilstrekkelig om årsaker som utelukkende har sin begrunnelse i andre forhold enn arbeidsuførheten, *sammen med* arbeidsuførheten oppfyller vilkåret til saklig grunn jf. aml. § 15-7 første ledd. Det må foreligge årsaker som *helt uavhengig* av sykefraværet gir saklig grunn for oppsigelse.

Sammenholdt med eksempelet fra Borgarting lagmannsrett er det dermed usikkert om utfallet av lagmannsrettens avgjørelse ville vært det samme i dag.¹⁸¹ Oppsigelsen var begrunnet i manglende informasjon/kommunikasjon under sykefraværet. Mye kan tale for at arbeidstakers samarbeidsproblemer i forbindelse med tilretteleggingsopplegget har en så nær

¹⁸⁰ Se Rt.2011s.596 avsn.56 og Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.76

¹⁸¹ Se LB-2002-2867 sammenholdt med Rt.2011s.596

sammenheng med sykefraværet at oppsigelsen omfattes av vernet jf. aml. §15-8.¹⁸² Annerledes kan det stille seg dersom samarbeidsproblemer før sykemeldingen alene kunne gitt arbeidsgiver saklig grunn til oppsigelse såfremt arbeidsgiver med overveiende grad av sannsynlighet kan bevise at problemene hadde sin grunn i andre forhold enn arbeidsuførheten.¹⁸³

5.2.4 Verneperiodens varighet

Det følger av aml. § 15-8 første ledd at verneperioden gjelder ”...de første 12 måneder etter at arbeidsuførheten inntrådte”. Dette innebærer at verneperioden begynner å løpe fra den dagen arbeidstaker leverer egenmelding eller fra sykemeldingsdato.¹⁸⁴ Verneperioden opphører etter 12 måneder eller når sykemelder eller arbeidstaker erklærer arbeidstaker friskmeldt før den tid.¹⁸⁵

For arbeidstakere med hyppige perioder med sykefravær oppstår det et særlig spørsmål om sykefraværet skal anses som sammenhengende, eller om ny verneperiode begynner å løpe for hver sykemelding. Det følger av forarbeidene at spørsmålet må bero på en konkret helhetsvurdering.

”Det må blant annet vurderes hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak. Utgangspunktet må imidlertid være at vernetiden begynner å løpe på nytt dersom arbeidstaker har gjeninntrådt

¹⁸² Det samme må gjelde ved avskjed, se f.eks. LG-2011-134455. En sykemeldt arbeidstaker ble avskjediget da han andre dagen av en fire dagers sykemelding ikke møtte til samtale hos arbeidsgiver for å drøfte ev. restarbeidsevne. Avskjeden ble ansett ugyldig.

¹⁸³ Se f.eks. dom fra Eidsivating lagmannsrett inntatt i NAD-1981-168. Oppsigelse av en salgssjef pga. sykdom ble ansett uberettiget, jf. aml. § 64 nr. 1 og nr. 2. Oppsigelsen ble gitt mens salgssjefen var sykemeldt, men var begrunnet i forhold som lå forut for sykefraværet. Hans arbeidsprestasjoner før sykefraværet ville, objektivt sett, vært tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse/avskjed, men lagmannsretten fant at de manglende arbeidsprestasjoner alene skyldes sykdommen

¹⁸⁴ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231

¹⁸⁵ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231

etter sykemelding, med mindre den tiden vedkommende har vært tilbake på jobb er kortvarig.”¹⁸⁶

Hovedregelen er dermed at bestemmelsen ikke gir adgang til å summere korte, men hyppige fravær.¹⁸⁷ Unntak må vurderes etter en konkret helhetsvurdering basert på årsaken til den nye sykemeldingen og hvor lenge arbeidstaker har vært tilbake siden siste sykemelding. Illustrerende er en dom inntatt i RG.1988 s.735 (Nordre Sunnmøre herredsrett). En helikopterpilot var først sykemeldt i fire måneder på grunn av bronkitt og lungebetennelse. Etter å ha vært tilbake i arbeid i en uke ble han på ny sykemeldt. Retten kom til at en ny verneperiode begynte å løpe fra det nye sykemeldingstidspunktet. Rettens begrunnet dette med at det nye sykefraværet

*”...skyldtes helt andre årsaker, nemlig problemer med ryggen og en fot”.*¹⁸⁸

Som eksempel vises det også til dommen inntatt i Rt. 2011 s. 596. Arbeidstaker ble sykemeldt på nytt på grunn av samme skade etter å ha vært i fullt arbeid i 8,5 måneder etter siste sykemeldingsperiode. Høyesterett la til grunn at det da måtte være *klart* at verneperioden begynte å løpe på nytt.¹⁸⁹

5.2.5 Drøftelsesmøte

Før en eventuell oppsigelse har arbeidsgiver, så langt det praktisk er mulig, jf. aml. § 15-1 plikt til å ta opp spørsmålet i et drøftelsesmøte sammen ”...med arbeidstaker og med arbeidstakers tillitsvalgte, med mindre arbeidstaker ikke ønsker det”. Det er ingen ting i veien

¹⁸⁶ Se Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.231

¹⁸⁷ I forhold til retten til sykepenges vil sykefravær som ikke går utover arbeidsgiverperioden på 16 kalenderdager, jf. ftrl. § 8-19, ikke avbryte opptjeningsperioden jf. ftrl. § 8-12. Se rundskriv til bestemmelsen R08-00-J12.

¹⁸⁸ Se RG.1988s.735 på s.739

¹⁸⁹ Se Rt.2011s.596 avsn.52

for at spørsmålet drøftes mot slutten av verneperioden, selv om selve beslutningen ikke kan tas før etter verneperioden.¹⁹⁰

5.3 Oppsigelse etter verneperioden, jf. § 15-7

5.3.1 Innledning

Det at verneperioden opphører tilsier ikke at det er fritt frem å si opp arbeidstaker på grunn av hyppig eller langvarig sykmelding. Etter verneperiodens opphør må det foretas en vurdering av om det foreligger saklig grunn til oppsigelse, jf. aml. § 15-7 første ledd. Det følger av bestemmelsen at en arbeidstaker ikke kan sies opp ”...uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”.

5.3.2 Nærmere om saklighetskravet

Det følger av forarbeidene at kravet om saklighet jf. aml. § 15-7 første ledd, er en rettslig standard.¹⁹¹ Kravet vil derfor være avhenging av samfunnsforholdene og samfunnsutviklingen. Videre må det foretas en konkret helhetsvurdering av om forhold på virksomhetens eller arbeidstakers side kan gi saklig grunn for oppsigelse av arbeidstaker. Det følger av dom inntatt i Rt. 2009 s.685 at terskelen for at det foreligger saklig grunn til oppsigelse anses som høy. Det skal foretas en konkret og skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Høyesterett uttaler i at

*” Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner”.*¹⁹²

¹⁹⁰ Se Skarning, 2011 s.90

¹⁹¹ Se NOU2004:5 s.315

¹⁹² Se Rt.2009s.685 avsn.52. Dommen er senere fulgt opp av Høyesterett i Rt.2011s.74 og Rt.2011s.1674

Det avgjørende vil være om oppsigelsen kan anses som en forholdsmessig reaksjon i det konkrete tilfellet.

5.3.3 Tilretteleggingspliktenes betydning for arbeidsgivers oppsigelsesadgang

5.3.3.1 Innledning

Det følger av dom inntatt i Rt.1995 s.227 at aml. § 60 nr. 1 (nå aml. 15-7 første ledd) må ses i sammenheng med arbeidsgivers tilretteleggingsplikt jf. aml. § 13 nr.2 (nå aml. § 4-6). Dersom arbeidstakers reduserte arbeidsevne kan avhjelpes med tilretteleggingstiltak vil det ikke foreligge saklig grunn til oppsigelse jf. aml. § 15-7 første ledd. Det må derfor først foretas en vurdering av om tilretteleggingsplikten er oppfylt og deretter vurderes om det likevel er forhold på virksomhetens eller arbeidstakers side som tilsier saklig grunn for oppsigelse.

5.3.3.2 Virksomhetens forhold

Arbeidstakers sykefravær kan etter omstendighetene gi saklig grunnlag for oppsigelse dersom vedkommendes redusert arbeidsevne fører til at arbeidstaker ikke lenger fyller stillingen, og dette medfører betydelige ulemper for bedriften. En oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold vil bero på en konkret helhetsvurdering av virksomhetens behov for oppsigelse og arbeidstakers ulemper. Momenter i vurderingen vil her særlig være arbeidstakers helsetilstand, hensynet til virksomhetens økonomi og rasjonelle drift, hensynet til belastning for andre ansatte og hvor hardt arbeidstaker rammes av en eventuell oppsigelse.¹⁹³ Det følger av Rt. 1984 s.1058 at det særlig skal legges vekt på rimelighetssynspunkter i forhold til den ansatte.¹⁹⁴

¹⁹³ Se Kokkvold, 2005 s.46

¹⁹⁴ Se Rt.1984s.1058 på s.1067. Momenter vil her særlig være arbeidstakers muligheter for å finne annet arbeid, arbeidstakers alder, ansiennitet og sosiale forhold, herunder forsørgelsesbyrde, prognose og helsetilstand og arbeidstakers privatøkonomi. Se Storeng, 2011 s.497-499.

Et illustrerende eksempel er Oslo tingretts dom avsagt 22.11.11.¹⁹⁵ Retten la særlig vekt på at en oppsigelse ville ramme arbeidstaker hardt da han hadde vært ansatt i virksomheten hele sin yrkeskarriere og nærmer seg pensjonsalderen.

Hvis arbeidstaker har funnet seg annet arbeid enten på egenhånd eller gjennom tiltak fra NAV vil en oppsigelse lettere kunne anses som rimelig. Illustrerende er en dom fra Agder lagmannsrett.¹⁹⁶ Saken gjaldt krav om erstatning på det grunnlag at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Arbeidstaker nektet å opplyse om han ville komme tilbake til arbeidet etter endt attføring. Lagmannsretten mente at det av hensynet til arbeidsgivers situasjon ikke var rimelig at arbeidstaker skulle kunne opprettholde sitt ansettelsesforhold

”...for å se om han mot formodning likevel kunne klare å komme tilbake etter et slikt lengre fravær.”

Retten la til grunn at det var klart mest sannsynlig at arbeidstaker ønsket å avslutte arbeidsforholdet etter endt attføring. Oppsigelsen ble derfor kjent gyldig.

5.3.3.3 Arbeidstakers forhold

En oppsigelse kan også være saklig begrunnet i arbeidstakers forhold, herunder ”ordrenekt” og illojal opptreden. Dersom arbeidstaker har vist liten samarbeidsvilje under sykemeldingsperioden kan dette gi arbeidsgiver saklig grunn for oppsigelse. Det følger av dom inntatt i Rt.1992 s. 1023 at jo mer graverende handlingene fra arbeidstakerens side er, desto lettere vil en oppsigelse/avskjed fremstå som en forholdsmessig reaksjon.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Se 10-204182TVI-OTIR/05

¹⁹⁶ Se LA-2009-117161. Se også LG-2006-100708, lagmannsretten uttalte at ”I motsatt retning trekker det forhold at A er innvilget 50% uføretrygd, noe lagmannsretten etter bevisførselen legger til grunn vil bli varig, og at hun på oppsigelsestidspunktet hadde - og fortsatt har - en fast 50% stilling som regnskapsmedarbeider i et privat firma. Konsekvensene for henne av å bli oppsagt, må således sies å være små”.

¹⁹⁷ Se Rt.1992s.1023 mindretallets uttalelse på s.1029

Som et illustrerende eksempel vises det til dom fra Eidsivating lagmannsrett av 11.01.12. Lagmannsretten kom til at arbeidsgiver hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Arbeidsgivers forslag til omplassering og bytte av arbeidsoppgaver lå innenfor arbeidsgivers styringsrett. Arbeidstakers manglende medvirkning ble dermed ansett som en ordrenekt som ga arbeidsgiver saklig grunn for oppsigelse.¹⁹⁸

5.4 Oppsummering

De første 12 månedene vil arbeidsgiver ikke ha adgang til å si opp arbeidstaker på grunn av sykefravær eller ulemper tilrettelegging medfører. Dommen inntatt i Rt. 2011 s.596 taler også for at oppsigelser begrunnet i arbeidstakers manglende medvirkning til tilretteleggingsopplegget også omfattes av aml. § 15-8. Arbeidsgiver må dermed vente til utløpet av verneperioden med en eventuell oppsigelse begrunnet i arbeidstakers manglende medvirkning. Det er en forutsetning for at oppsigelsen kan anses som saklig at arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt. For oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold må det foretas en konkret og skjønnsmessig rimelighetsvurdering av de ulemper sykefraværet og tilretteleggingen medfører for bedriften, og hvor hardt arbeidstaker vil rammes av en eventuell oppsigelse.

¹⁹⁸ Se LE-2011-132036. Se også tingrettens uttalelse i TBERG-2010-33846. Tingretten uttaler at *"På den annen side vil det forhold at en arbeidstaker avslår et tilbud om omplassering eller annet arbeid, kunne gi saklig grunn for oppsigelse."*

6 Avslutning

Det fremgår av oppgaven at rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt strekker seg ”så langt det er mulig” jf. aml. § 4-6 første ledd. Hva som er mulig vil bero på den konkrete situasjon samt en konkret helhetsvurdering der virksomhetens art, størrelse og økonomi må veies opp mot arbeidstakers forhold. Rammen for hva som er mulig å gjennomføre av tilretteleggingstiltak må også ses i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett. Tilretteleggingsplikten innebærer at arbeidsgiver må bruke sin styringsrett aktivt både overfor arbeidstaker med redusert arbeidsevne og virksomhetens øvrige ansatte. Styringsretten, og dermed også tilretteleggingsplikten, vil være begrenset til endringer som ligger innenfor de ansattes individuelle arbeidsavtale, lov og tariffavtale. Samtidig åpner forarbeidene for at plikten går noe lenger -idet arbeidsgiver også vil ha en plikt til å tilby arbeidstaker stillinger som i utgangspunktet ligger utenfor grunnpreget til arbeidstakers vanlige stilling.

Fremstillingen viser at det er vanskelig å trekke en generell grense for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Et særlig problem er at det i dag ikke finnes rettspraksis som behandler rekkevidden av tilretteleggingsplikten på generell basis. Rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er som oftest innbakt i en vurdering av om det foreligger saklig grunn for oppsigelse. Det er derfor uklart i hvilken grad retten benytter de ulike momentene i en generell vurdering av tilretteleggingspliktens omfang eller om momentene brukes som ledd i en rimelighetsvurdering av om det foreligger saklig grunn til oppsigelse. Dette vil særlig gjelde momenter som for eksempel arbeidstakers alder og ansiennitet. I forhold til en oppsigelsesvurdering vil slike momenter ha særlig betydning, mens det er uklart om tilretteleggingsplikten generelt sett vil anses skjerpet overfor eldre arbeidstakere med lengre ansiennitet.

Saker om rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt på *generelt* grunnlag vil nok sjelden havne i rettsapparatet. Rekkevidden blir først og fremst satt på spissen i en eventuell oppsigelsessak. Vurderingen av tilretteleggingspliktens rekkevidde blir dermed en slags fremtidsvurdering hvor spørsmålet vil være om tiltakene som settes i verk er tilstrekkelige

for å kunne forsvare en oppsigelse etter verneperioden jf. aml. § 15-7 første ledd, jf. aml. § 15-8. Dette gjør vurderingen vanskelig da aml. §§ 15-7 og 15-8 som nevnt beror på en bredere rimelighetsvurdering.

Litteraturliste

- Andersen, 1976 Andersen, Kristen: *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967
- Evju, 2001 Evju, Stein: *Arbeidsrett-utvalgte artikler 2001-2010*, Oslo 2001
- Eckhoff, 2001 Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5.utg. ved Jan E. Helgesen, 2.Opplag, Oslo 2005
- Evju, 2003 Evju, Stein: "Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv" Artikkel publisert i *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1, s.3-32 Oslo 2003
<http://www.jus.uio.no/ifp/personer/vit/steinev/2003-ara-bind-1-1-1-styringsrett.pdf>
- Kokkvold, 2005 Kokkvold, Lars: *Sykdomsfravær som oppsigelsesgrunn etter at verneperioden i arbeidsmiljøloven § 64 er utløp* artikkel publisert i *Tidsskrift for arbeidsrett* 2005 nr.1
- Fougner og Holo, 2006 Fougner, Jan og Lars Holo: *Arbeidsmiljøloven Kommentar-utgave*, Oslo 2006
- Jakhelln, 2006 Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utg. Oslo 2006, 5.opplag 2011
- Fougner 2007 Fougner, Jan: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*, Oslo 2007
- Dege, 2009 Dege, Jan Tormod: *Den individuelle Arbeidsrett Del 1 og 2*, 1.utg. Oslo 2009

- | | |
|----------------|--|
| Skarning, 2011 | Skarning, Nicolay: <i>Sykefravær – Nye arbeidsplasser, omplassering eller oppsigelse</i> |
| Johansen, 2011 | Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland <i>Arbeidsmiljøloven – Kommentarer og praksis</i> , 1.utg. Oslo 2011 |
| Storeng, 2011 | Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund <i>Arbeidslivets spilleregler</i> , 2.utg. Oslo 2011 |

Rettstidende:

Rt.1927s.297
 Rt. 1964 s.1345
 Rt.1979 s.1079
 Rt. 1984 s.1058
 Rt.1986s.224
 Rt. 1986 s. 1429
 Rt. 1988 s. 959
 Rt. 1990 s. 1126
 Rt.1992 s. 1023
 Rt. 1995 s.227
 Rt. 1997 s.623
 Rt. 1999 s.1694
 Rt.2000s.1604
 Rt.2001s.418
 Rt.2001s.1362
 Rt.2008s.856
 Rt. 2009 s.685
 Rt.2009s.1465
 Rt. 2011 s. 596

Rt. 2011 s. 609

Rt.2011s.841

Underrettsavgjørelser:

LH-1997-889

LE-1999-653

LB-2000-3513

LB-2002-2867

LB-2005-182268

LG-2006-100708

LG-2007-124516

LB-2008-13510

LA-2009-117161

LB-2011-40569

LE-2011-132036

LG-2011-134455

LF-2011-195233

RG.1988s.735

RG.1993s.665

TOSLO-2009-117509 Oslo tingrett 27. januar 2010

TBERG-2010-33846 Bergen tingrett 29.oktober 2010

10-204182TVI-OTIR/05 Oslo tingrett 22. november 2011

11-077293TVI-FOLL Follo tingrett 21. desember 2011

Lover:

Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai 1927 nr.1

Lov om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) av 18. juli 1958 nr.2

Lov (sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr. 18

Lov om arbeidevern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)

Lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3

Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28.februar 1997 nr.19

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven)

Lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven) av 16. februar 2007 nr.9

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) av 20. juni 2008 nr. 42

Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27.januar 2012 nr.9

Forarbeider:

NOU 2012:06 Arbeidsrettede tiltak

NOU 2010:13 Arbeid for helse -Sykefravær og utstøting i helse- og omsorgs-sektoren

NOU 2004:5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp.nr.26(1984-1985) (endningslov) Sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18 og i lov 9. juni 1903 nr. 7 om Statskontrol med Skibes Sjødygtighed m.v.

Ot.prp.nr.18(2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr.6 (2006-2007) (endningslov) Arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.)

Ot.prp.nr.44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Prop.89 L (2010-2011) Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom

Forskrifter:

FOR-2004-01-19 nr. 298 Forskrift om førerkort m.m. om helsekrav til Yrkessjåfører
FOR-2005-12-16 nr.1567 Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper
FOR-2008-12-11-1320 Forskrift om arbeidsrettede tiltak mv.
FOR-2010-12-20 nr. 1780 Forskrift om helsekrav for personer i arbeid på innretninger i petroleumsvirksomheten til havs

Rundskriv:

R10-00-1-I06 Rundskriv til ftrl kap 10: Stønad for å kompensere for utgifter til bedring av arbeidsevnen og funksjonsevnen i dagliglivet - Del I - Hjelpemidler mv. – NAV 01.mai 1997
R08-00-J12 Rundskriv til ftrl kap 8: Sykepenges – NAV 01.mai 1997

Internasjonal rett

Den europeiske sosialpakt av 3. mai 1996 nr. 2 om uføre personers rett til integrasjon og deltakelse i samfunnet

ILO-konvensjon nr.159 (1983) om yrkesrettet attføring og sysselsetting (funksjonshemmede)

ILO-rekommandasjon nr. 168 (1983) om yrkesmessig attføring og sysselsetting (yrkesvalghemmede)

ILO-rekommandasjon nr. 99 (1955) om attføring av yrkesvalghemmede har blant annet vært av betydning for utviklingen av reglene om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

Andre kilder:

1. Nettutgaven av Arbeidsrett.no lovkommentarer til arbeidsmiljøloven, Henning Jakhell m.fl. (Arbeidsrett.no)
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/>
2. Dr. Erik Lium v/Bedriftshelsetjeneste AS, Bedriftshelsetjeneste i Fjellregionen, Tynset – Telefonsamtale 30.oktober 2012 kl. 11.15-12.15
3. Statistikk psykiske lidelser:
<http://www.nav.no/Om+NAV/Tall+og+analyse/Jobb+og+helse/Uf%C3%B8repensjon/Uf%C3%B8repensjon/Flere+uf%C3%B8re+med+psykiske+lidelser.321749.cms>
4. Statsbudsjettet 2013 – faktaark statens inntekter og utgifter:
http://www.regjeringen.no/pages/38074274/3_Faktaark_inntekter_utgifter.pdf
5. ”Enklere sykefraværsrapportering” artikkel publisert 19.09.12.
<http://www.nav.no/Arbeid/Oppf%C3%B8lging+av+sykmeldte/Enklere+sykefrav%C3%A6rsrapportering.321096.cms>
6. ”Hjelpemidler og tilrettelegging på arbeidsplassen”
<http://www.nav.no/Helse/Hjelpemidler/For+voksne/Arbeid>
7. ”Veileder til utfylling og bruk av sykemeldingsblankett” NAV, 01.07.2011
<http://www.nav.no/Arbeid/Oppf%C3%B8lging+av+sykmeldte/Sykmelder+-+Oppf%C3%B8lging+av+sykmeldte.282333.cms>